

# **LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU MANIFESTACIÓN A TRAVÉS DEL PLAN DE PARENTALIDAD**



Universitat Autònoma de Barcelona

---

Autor: Antonio Gallardo Porras

Trabajo de Fin de Grado

Área de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Tutora: María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Fecha de entrega: 8 de mayo de 2017



RESUMEN.....	1
1. Abreviaturas.....	2
2. Introducción.....	3
3. La potestad parental y el deber de guarda y custodia compartida.....	5
3.1. Concepto de guarda y custodia compartida.....	5
3.2. Naturaleza jurídica, ¿Por qué la guarda y custodia compartida?.....	9
3.3. El papel del Juez y del Ministerio Fiscal y la aplicación de los criterios del artículo 233-11 del Codi Civil de Catalunya.....	12
3.4. Regulación.....	19
3.4.1. Regulación de la guarda y custodia en el ámbito estatal.....	20
3.4.2. Regulación de la guarda y custodia en el ámbito catalán.....	24
3.5. Derechos y deberes de los progenitores respecto de los hijos.....	28
3.6. El interés superior del menor común en todos los procesos del Derecho de Familia .....	31
4. El Convenio Regulador y la introducción del Plan de Parentalidad por la Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia.....	34
4.1. Contenido del Convenio Regulador cuando existen hijos en común.....	36
4.2. Aprobación judicial y del Ministerio Fiscal: los criterios del Art. 233-11 CCCat	
4.3. Las novedades introducidas por la Ley 25/2010: El Plan de Parentalidad.....	39
4.4. Contenido mínimo del Plan de Parentalidad.....	41
4.5. Aspectos no incluidos dentro del Plan de Parentalidad.....	48
5. La adecuación del Plan de Parentalidad al cambio de las circunstancias familiares concurrentes: situaciones que pueden alterar su contenido.....	50
5.1. La demanda de modificación de medidas.....	53

6. La excepción a la preferencia de la custodia compartida frente a la guarda y custodia individual: la violencia de género y su incisión en el Derecho de Familia.....	54
7. Conclusiones del trabajo .....	57
8. Bibliografía.....	61
9. Jurisprudencia.....	62

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se estudia la institución de la guarda y custodia compartida y su carácter preferente frente a la guarda y custodia individual, en especial en el ordenamiento catalán. Se analiza el conjunto de relaciones personales entre los progenitores y los hijos del matrimonio y entre los padres, se valora la importancia del plan de parentalidad cuando existe y la necesidad de que deba ser revisado y modificado cuando las circunstancias lo aconsejen. El trabajo termina con la referencia a la situación de violencia de género en el núcleo familiar que actúa como evidente excepción a la preferencia de este régimen de guarda, tema que afecta gravemente a la sociedad española y que tiene especial significación en el Derecho de Familia.

## **1. Abreviaturas**

---

A.P: Audiencia Provincial

Art. (Arts.): Artículo (Artículos)

CC: Código Civil

CCCat: Codi Civil de Catalunya

CE: Constitución Española de 1978

CEDH: Convenio Europeo de los Derechos Humanos

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

CP: Código Penal

EM: Exposición de Motivos

FJ: Fundamento Jurídico

JPI: Juzgado de Primera Instancia

LEC: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

MF: Ministerio Fiscal

Núm.: Número

p.: Página

pp.: Páginas

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

STSJC: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TSJC: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Vid.: Ver, véase

## 2. Introducción

---

La patria potestad, institución compleja que sirve de contenedor para todos esos deberes y derechos que conforman lo nuclear de la relación paterno filial, sirve como eje central para analizar la naturaleza jurídica de toda una serie de facultades y obligaciones de los padres respecto de sus hijos. La guarda y custodia de los hijos es la responsabilidad que ocupa el lugar más importante dentro de la patria potestad, pues conlleva el ejercicio de la misma e interrelaciona por sí misma todos los derechos y deberes que son su contenido. Cuando la crisis matrimonial tiene lugar y el núcleo familiar se ve bruscamente alterado, es esencial tomar las debidas cautelas que deberán regir la nueva situación familiar, teniendo siempre presentes aquellos intereses legítimos que representan lo más beneficioso para los hijos menores en común, que, in facto, son los mayores perjudicados en tales situaciones. Entre los aspectos más relevantes de la vida de los cónyuges una vez producida la ruptura matrimonial, están sin duda aquellos que tienen que ver con las relaciones paterno-filiales. En efecto, cuando existen hijos en común, la separación o el divorcio acarrearán como primera incógnita a despejar la necesidad de decidir sobre el cuidado de los hijos, y es que la elección de guarda y custodia que en adelante ejercerán los padres dada la nueva realidad familiar adquiere una importancia relevante. Con arreglo a los nuevos preceptos que introdujo la Ley 25/2010, del Libro II del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, como regla general, los progenitores son quienes deben consensuar respecto del cuidado de los hijos, decidiendo entre una custodia unilateral o exclusiva, o bien, una custodia compartida. La elección debe realizarse superponiendo los intereses de los hijos, no a tenor de aquello que los padres deseen de acuerdo a sus intereses personales, es decir, el beneficio del menor se coloca de forma automática sobre los propios intereses de los ex cónyuges. Si no existe un acuerdo de los progenitores respecto del cuidado de sus hijos, será el Juez quien deba decidir sobre el sistema de custodia atendiendo principalmente al mejor interés del menor, lo que será valorado conforme a las pruebas que obren en el proceso. Sin embargo, como veremos en algunos puntos de este trabajo, el régimen de guarda y custodia compartida no siempre ha resultado preferente y no siempre se ha tenido en cuenta el interés del menor, sino que, al contrario, la doctrina y la jurisprudencia tendía a basarse en

aspectos objetivos que para nada respondían a la propia naturaleza jurídica de lo que es la custodia de los hijos. Por ello, resulta necesario analizar el concepto de guarda y custodia de forma global, teniendo en cuenta todos los aspectos que pueden resultar relevantes en cualquier proceso judicial de separación o divorcio, así como las directrices generales a las que se suele vincular este régimen de guarda.

Durante la lectura de los primeros apartados del trabajo, se irá vislumbrando cómo el plan de parentalidad, introducido en nuestro ordenamiento catalán por la ya nombrada Ley 25/2010, cobra una relevancia especial cuando la crisis matrimonial irrumpe en el núcleo familiar. Esto es así porque será ese documento el negocio jurídico que abarque todo lo relativo a la guarda y custodia de los menores para después de la separación y el divorcio, desde la educación, pasando por los alimentos que se les deben, y llegando hasta la administración de sus bienes. En este trabajo se pretende dar un estamento al plan de parentalidad de modo que se entienda el porqué de su creación, respondiendo a la necesidad de la existencia de unas reglas que garanticen todos los derechos de los hijos comunes que les son inherentes bajo el criterio de la corresponsabilidad parental. Este documento, que se encarga de regular todo aquello que atañe a la vida cotidiana de los hijos, en ningún caso se configura como un documento inamovible e inalterable, sino que, por el contrario, se exige que sea revisado y modificado cuando las circunstancias se vean sustancialmente alteradas por la realidad, de modo que el plan de parentalidad deje de cumplir con su función regidora.

Para concluir, debe necesariamente hablarse de un problema social que está presente, directa o indirectamente, en muchos procesos de separación o divorcio de nuestro Estado: la violencia de género. Frente a la custodia compartida como modelo preferente de guarda que trata de preservar las relaciones personales entre padres e hijos nos encontramos con una excepción que desvirtúa todo lo expuesto, esta es, la violencia de género, pues una vez esta ha tenido lugar y el padre de los hijos en común ha sido declarado culpable en un procedimiento judicial, la guarda y custodia compartida resulta inviable, al dificultar – si no imposibilitar – la necesaria comunicación entre los progenitores para conseguir el normal y adecuado desenvolvimiento cotidiano de los hijos.



### **3. La potestad parental y el deber de la guarda y custodia**

---

La potestad parental es una institución jurídica que no recibe una denominación uniforme en todos los ordenamientos jurídicos, pese a que los principios que la rigen sean comunes y sus características sean idénticas en cualquiera de sus denominaciones. El término más usado, incluido en nuestro Código Civil de 1889, es la patria potestad (del latín *patria potestas*, es decir, poder paterno) y se define como la relación existente entre los progenitores y los hijos que alberga el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos menores de edad no emancipados. El origen de esta potestad se encuentra en la propia relación paterno-filial, independientemente de la existencia de matrimonio entre los progenitores, en contraposición a la diferenciación histórica entre hijos legítimos e ilegítimos.

A nivel estatal, encontramos esta potestad parental en el Capítulo I del Título VII del Código Civil español y, de manera más acotada al presente trabajo, se encuentra regulado autonómicamente en el Capítulo VI del Título III del Codi Civil de Catalunya. Entre esos deberes a los que anteriormente se hacía referencia, se encuentran el deber de cuidarlos y alimentarlos, protegerlos, educarlos, representarlos legalmente (Art. 236-18 CCCat) y administrar sus bienes (Art. 236-21 CCCat).

#### **3.1. Concepto de guarda y custodia compartida**

---

En estos deberes irrenunciables de los progenitores encontramos la guarda y custodia de los hijos. Así, en síntesis, el artículo 236-17 CCCat. es el que impone a los padres ese deber de tener a los hijos en su compañía y velar por su sustento y educación bajo el siguiente precepto:

«1. Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores tienen también el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos.

2. Los progenitores determinan el lugar o lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar.
3. Los progenitores y los hijos deben respetarse mutuamente. Los hijos, mientras están en potestad parental, deben obedecer a los progenitores, salvo que les intenten imponer conductas indignas o delictivas.
4. Los progenitores pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad.
5. A los efectos de lo establecido por los apartados 3 y 4, los progenitores pueden solicitar excepcionalmente la asistencia e intervención de los poderes públicos.»

A este respecto, sintetiza CAMPO IZQUIERDO la guarda y custodia como «un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día a día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor constituye el ejercicio de la patria potestad.»<sup>1</sup>

Esta relación de derechos y deberes que conforma el contenido de la potestad parental quiebra en situaciones de extinción del matrimonio o de cese de la convivencia en situaciones análogas al matrimonio, y es entonces cuando hay que regular su contenido. Los progenitores cuentan con cierta autonomía para regular cuál será el régimen de ejercicio de los derechos y deberes señalados en anteriores párrafos, pero eso no supone en ningún caso el cese de la responsabilidad parental con los hijos en situaciones de nulidad, separación o divorcio. En este sentido, el artículo 233-8 CCCat establece taxativamente que «la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los

---

<sup>1</sup> CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, Editorial La Ley, año 2009, página 1.

progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.»

Cuando la relación matrimonial o la convivencia estable en pareja de los padres (regulada en el artículo 234-1 CCCat y ss.) finaliza, se abren una serie de cuestiones que deben solventarse siempre partiendo de la premisa de que el interés superior del hijo menor de edad es la base esencial para la determinación del régimen de guarda, donde aparecerán dos posibilidades: la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, o la guarda ejercida en exclusiva por uno de ellos con un régimen de visitas a favor del otro progenitor.

¿Qué es lo más favorable para los hijos tras la disolución del matrimonio o la separación de sus padres? Ésta es una cuestión que ha estado históricamente en discusión en los Tribunales de nuestro Estado, considerándose en un inicio preferente que la custodia de los hijos fuera ejercida por la madre e ignorando la posibilidad de que esa custodia fuera ejercida por ambos progenitores y llegando hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó nuestro Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y reconoció expresamente la figura de la custodia compartida. Esa Ley, que sigue hoy en vigor, contempla incluso la custodia compartida en los casos en los que, no mediando el mutuo acuerdo, sea solicitada por uno de los progenitores, previo informe del Ministerio Fiscal. En los últimos años, han aumentado las voces de apoyo que apuestan por la custodia compartida como opción más favorable para los hijos y, por tanto, preferente, dando lugar a una vertiente reformista que defiende los beneficios de este modelo en contraposición a uno de los ámbitos del Derecho de Familia con más discrepancias entre las partes que lo componen. Actualmente, en la práctica legal se han producido importantes cambios legislativos, especialmente en algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, en la que la custodia compartida es el régimen de aplicación preferente, tal y como se desprende de la interpretación de los artículos 236-8 y 236-10 CCCat.

Así, contando con esas dos posibilidades respecto a la guarda y custodia de los hijos en común económicamente dependientes, es decir, la posibilidad de que la guarda y custodia sea ejercida tan solo por uno de los cónyuges con un régimen de visitas a

favor del otro o bien, por otro lado, la posibilidad de que sean ambos progenitores quienes compartan la custodia de los hijos la doctrina y la jurisprudencia del Alto Tribunal parecen mostrarse a favor de ésta segunda opción, pues cabe reiterar que no se debe establecer únicamente esa guarda y custodia a tenor de lo que deseen los progenitores, sino que debe primar el conocido como *interés superior del menor*. El disponer de una guarda y custodia compartida puede ser algo que decidan los progenitores de manera consensuada a través del divorcio de mutuo acuerdo, o bien una decisión tomada por el juez en el proceso del divorcio contencioso o, incluso después de finalizado el procedimiento de divorcio, a tenor del ya nombrado interés del menor. Por tanto, en caso de que un progenitor no tenga la guarda y custodia compartida, puede pedir al juez que se le otorgue, mediante una demanda de modificación de medidas, herramienta esencial en el Derecho de Familia, siempre y cuando las circunstancias lo aconsejen y sea posible.

En Cataluña, todas aquellas cuestiones referentes al cuidado y reparto de responsabilidades relativas a los hijos menores con el fin de evitar futuras disputas por indefiniciones en el acuerdo de separación o divorcio deben pactarse mediante el obligatorio **Plan de Parentalidad**, que es esa parte del Convenio Regulador que se ocupará detalladamente de las relaciones paterno-filiales y del ejercicio de la patria potestad una vez se haya disuelto el matrimonio o haya cesado efectivamente la convivencia de los progenitores mediante la separación. Los tribunales, a la hora de valorar lo conveniente para los hijos aún sujetos a esa potestad parental en cuanto al futuro régimen de guarda y custodia, acostumbran, de manera totalmente acertada, a tener muy en cuenta de qué modo se organizaba la familia a diario antes del cese de la convivencia y también cómo se ha desarrollado el ejercicio de estas responsabilidades cotidianas después del divorcio o de ésta separación de hecho, con el fin de perturbar en la medida más ínfima posible la vida cotidiana de los hijos y facilitar así el ejercicio de los pactos que regirán todo el tiempo que reste hasta la mayoría de edad de los menores o hasta la emancipación económica de los mismos, momento en el que quedará extinguida la patria potestad y no existirán esos derechos y deberes en un grado tan acentuado.

En síntesis, es un error caer en la creencia de que la custodia compartida solo se dará si así lo pactan los cónyuges progenitores. De acuerdo con la doctrina, incluso en

situaciones contenciosas, cuando es necesario acudir a juicio para que el Juez observe qué es lo más conveniente para los hijos, la custodia compartida se considera preferente. Pero eso no significa que sea automática, sino que significa que, en caso de discrepancia entre ambos cónyuges sobre la custodia compartida, el juez debería comprobar si se dan los elementos o criterios favorables para dictarla, ya que en principio si se reúnen esas circunstancias debería entenderse que es más beneficioso para los hijos sujetos a su patria potestad. De este análisis resulta que la cuestión esencial no es cuál de los progenitores tiene un *mejor derecho*, sino qué opción es más favorable para los intereses del menor. Así, lo que es más favorable resulta relativo: en función de cada núcleo familiar se darán unas circunstancias distintas que precisarán de unos acuerdos u otros. Este juicio de las circunstancias concurrentes en el núcleo familiar que debe llevar a cabo el Juez que conozca del asunto debe seguir unos claros **criterios** que nuestro CCCat. recoge en su Art. 233-11.

### **3.2. Naturaleza jurídica: ¿Por qué la guarda y custodia compartida?**

---

Como se ha venido exponiendo en las anteriores páginas, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo parecen decantarse por el régimen de guarda y custodia compartida frente a la guarda exclusiva de uno de los progenitores, pero, ¿cuál es el *porqué* de la guarda y custodia compartida?

A este respecto se expresaba en términos claros el Alto Tribunal en el año 2013:

*“La redacción del Artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional [la guarda y custodia compartida], sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1. (ID CENDOJ: 2807911012013100681)

Así, a tenor de lo expuesto por el T.S., el atribuir la guarda y custodia a ambos progenitores cuando las circunstancias lo aconsejen trata de preservar la integridad emocional de los hijos y no interferir en el normal desarrollo de la personalidad de los mismos, tratando que la nueva situación familiar irrumpa de la manera menos gravosa posible para los hijos. Los juristas especializados en Derecho de Familia podrán observar un cambio en la doctrina jurisprudencial del TS, ya que históricamente en la atribución de la guarda y custodia solía considerarse que era la madre la que debía ocuparse de los hijos por tener un mayor conocimiento de sus necesidades y de los cuidados que precisarían. En los siglos pasados, mientras el *rol* de cabeza de familia que debía trabajar para procurar el sustento de la familia pertenecía al padre, a la madre le pertenecía un papel de ama de casa que se debía ocupar de las tareas del hogar, por lo que conocía mejor cómo debía ejercerse esa guarda sobre los hijos. Así, al haberse creado un vínculo más estrecho con ésta que con el padre, la jurisprudencia tendía a otorgarle en exclusiva la guarda y custodia de los hijos.

Sin embargo, se establece expresamente en la citada Sentencia que se debe partir de la base de que la guarda y custodia compartida debe ser normal, y en ningún caso excepcional, sino preferente si responde al interés superior del menor. Romper con esta resistencia era lo que pretendía el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad parental, que en su Exposición de Motivos señalaba que «la introducción de un artículo 92.2 del C.C. tiene como objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental», pero «sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro». Pese a que ese anteproyecto de Ley no llegó a aprobarse, son varias las Comunidades Autónomas que han regulado la guarda y custodia compartida con tal protagonismo que rompe las cadenas históricas que existían sobre ese régimen.

En este sentido, NAVARRO FAJARDO<sup>3</sup> defendió que un correcto desenvolvimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley (art. 14 C.E.) y del derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica consagrado en el artículo 32 de la C.E. (durante toda la vigencia del vínculo matrimonial e incluso tras su disolución) debía comprender la eliminación de cualquier desigualdad en el trato de los progenitores para la atribución de la guarda y custodia de los hijos, por lo que la guarda y custodia compartida debería perder ese carácter excepcional que ostentaba antaño.

En síntesis, la guarda y custodia compartida responde al esencial principio del interés superior del menor, por lo que esta será preferente si ambos progenitores están capacitados para ejercer esa custodia cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley. Se rompe así con la antigua idea de que la guarda y custodia exclusiva por uno de los progenitores, generalmente ejercida por la madre, era más beneficiosa para los hijos, entendiéndose ahora que la disolución matrimonial ya supone unos perjuicios inevitables para los hijos, por lo que separarlos paulatinamente de alguno de sus progenitores sería causar aún unos perjuicios mayores que pueden evitarse, ya sea mediante un acuerdo consensuado entre los padres o a partir de una resolución judicial que lo considere más favorable.

Por otro lado, la guarda y custodia compartida responde a una interpretación del artículo 14 de la C.E como principio fundamentador de todo nuestro Ordenamiento Jurídico: considerar la guarda y custodia compartida como un régimen excepcional sin contemplarse anteriormente qué es lo más favorable para los hijos resultaría prácticamente antijurídico e inconstitucional, pues ambos progenitores cuentan por naturaleza con el derecho y la facultad de ejercer esa custodia sobre sus hijos, sin perjuicio de que dicha facultad pueda perderse posteriormente por determinadas causas justificadas.

---

<sup>3</sup> Citado por LATHROP GÓMEZ, Fabiola, en “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, 2008, páginas 414 y 415.

### **3.3 El papel del Juez y del Ministerio Fiscal y la aplicación de los criterios del artículo 233-11 del Codi Civil de Catalunya**

---

El artículo 39 CE establece el deber de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos. Esto supone que debe existir una especial dedicación de esos Poderes Públicos en todos los procesos relativos a la familia, especialmente en los procesos en que existan menores, donde el Ministerio Fiscal cobrará una significativa importancia. Esta especial vinculación del Ministerio Fiscal en los procesos de familia y en los intereses de los menores se sustancia en la necesidad de su intervención, cuando se cuestionan aspectos fundamentales para su desarrollo integral, debiendo velar porque se atienda al interés superior del menor durante todo el procedimiento judicial.

No obstante, es necesario añadir que la existencia de un informe desfavorable por parte del Ministerio Fiscal en los procesos de divorcio o separación y de guarda y custodia de los hijos no tiene la fuerza necesaria para impedir una decisión contraria del Juez respecto de ese informe, ya que esto limitaría sustancial e injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial. En este sentido, cuando exista un informe desfavorable por parte del Ministerio Fiscal, se deberá interpretar la norma por parte del Juez para basar su decisión en lo legalmente previsto, con una cierta independencia de lo que haya expresado el M.F. Así, un informe desfavorable por parte de éste no impedirá que el Juez establezca un régimen de custodia compartida si se considera que así se beneficia al menor.

A este respecto, a diferencia de lo que sucede en cualquier otro procedimiento de Derecho Civil, observamos cómo el Juez se distancia del principio de rogación y nos encontramos con que en los procedimientos de familia, y más en concreto en lo que se refiere a los menores, el juzgador no está sujeto de manera absoluta a resolver sobre la concreta petición de las partes por tratarse de una materia digna de especial protección y en la que es el Juez el que debe valorar la situación familiar antes de dictar Sentencia, para asegurarse de que queda protegido ese interés superior del menor. En este sentido, si uno de los progenitores solicita la custodia en exclusiva y el otro no se opone, el Juez resolverá a favor de la pretensión de aquél. Pero si no



existe acuerdo o no se da esa falta de oposición, será el Juez el que deba valorar las circunstancias familiares concurrentes para decidir cuál será el régimen que deba establecerse para con los deberes paterno-filiales. Este **principio de rogación** está estrechamente conectado con el principio de congruencia, lo que supone que en aquellos casos de Derecho Privado, como son los procesos civiles, en los que se veta al Juez actuar de oficio, (salvo en los excepcionales supuestos taxativamente establecidos en que sí lo puede hacer, como es la proposición de prueba en procesos de familia), éste no puede tomar la iniciativa en el procedimiento y debe dejar que sean las partes las que actúen en virtud de la aplicación del principio dispositivo que rige, sobre todo, en los procesos civiles. Además, la relación del principio de rogación con el principio de congruencia parte de la exigencia de que el trabajo del juzgador versará en resolver estimando o desestimando, total o parcialmente, las pretensiones suscitadas por las partes, pero no plantear en la sentencia cuestiones nuevas no expuestas por las mismas.

En la cara opuesta al principio de rogación, en el nuevo libro segundo del CCCat se contempla la facultad de intervención judicial para decretar medidas de protección a los menores que estime oportunas con el objetivo de evitarles cualquier perjuicio. Es el **Art. 236-3 CCCat** el que faculta al Juez, incluso de oficio, a intervenir en la función parental:

«**1.** La autoridad judicial, en cualquier procedimiento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad. A tal efecto, puede limitar las facultades de los progenitores, exigirles la prestación de garantías e, incluso, nombrar a un administrador judicial.

**2.** La autoridad judicial puede adoptar las medidas a que se refiere el apartado 1 de oficio o a instancia de los propios hijos, de los progenitores, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, de los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado por consanguinidad o segundo por afinidad y del ministerio fiscal.»

En síntesis, atendiendo a los artículos 53 CE y 5 LOPJ, podemos concretar que al considerarse todo lo relativo a los menores materia de orden público y, por tanto,

digna de una especial protección, el Juez podrá, por un lado, intervenir en los procedimientos judiciales de familia, limitar y delimitar el contenido de la potestad parental de los progenitores respecto de los hijos y, por lo tanto, podrá distanciarse de las pretensiones de las partes en los procesos de familia, es decir, los padres, y establecer un régimen de guarda y custodia así como, en su caso, un régimen de visitas, sin atender de forma estricta a las pretensiones de los progenitores, siempre y cuando lo motive suficientemente atendiendo al interés superior del menor. Así lo estableció una Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en el año 2015<sup>4</sup>, que anuló la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Girona, al admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por una de las partes. La Sentencia anulada no solo no estimó la solicitud de la madre de sustituir la guarda y custodia compartida de sus hijas por una guarda exclusiva a su favor, sino que además, y sin que ninguna de las partes lo hubiese solicitado en el transcurso del procedimiento y sin haber explorado a las menores (de 13 y 11 años), sustituyó el régimen que existía hasta entonces de semanas alternas por uno de días alternos en el que las niñas estarían de lunes a miércoles con uno y de miércoles por la tarde a viernes con el otro, alternando los fines de semana. En resoluciones como ésta, el principio de rogación y el principio de congruencia se ven claramente afectados, por lo que la decisión del juzgador queda en *jaque*.

Recogiendo el testigo de la citada Sentencia del TSJC, es necesario apuntar que la **audiencia de los hijos**, mayores de 12 años o menores de esa edad con suficiente raciocinio, debe realizarse antes de adoptar cualquier decisión que les afecte. Así lo dispone el artículo 211-6.1 del C.C.C:

- «1. El interés superior del menor es el **principio inspirador** de cualquier decisión que le afecte.
2. El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial.»

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 11 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Sección 1 (ID. CENDOJ: 08019310012015100045)

Esta resolución del T.S.J.C. responde al hecho de que el Tribunal, pese a que en lo relativo a los menores no esté vinculado a resolver tal y como soliciten las partes, no tiene la potestad absoluta de resolver sin una motivación real y sin haber oído anteriormente a aquellos. Vuelve a observarse que el interés y beneficio de los menores es el principio inspirador en los procesos de familia con hijos no emancipados, y debe fundamentarse necesariamente en los criterios de los Arts. 233-10, 233-11 y siguientes del Codi Civil de Catalunya, tanto para el cambio de régimen de custodia, es decir, de monoparental a compartida o viceversa, como para un cambio del régimen de visitas. En este sentido, tal y como se ha venido exponiendo en las anteriores líneas, es el juzgador quien debe valorar las circunstancias personales del menor, de sus progenitores y, en general, debe observar cómo se organizaba el núcleo familiar, tanto antes del divorcio o separación como después de éste. Para realizar este juicio de valor, la Ley pone en manos del Juez los criterios del **Art. 233-11.1 del CCCat**, que, por un lado, serán la herramienta que utilizará el juzgador para obtener una conclusión que le permita dictar una Sentencia que beneficie al menor y que, por otro lado, serán el límite a la hora de resolver el litigio y otorgar la custodia a favor de uno de los progenitores o, por el contrario, a ambos. Esos criterios son los que siguen:

*1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares:* A este respecto, el Juez debe observar si existen hechos efectivos que demuestren una mala relación e incluso algún conflicto entre los hijos y alguno de los progenitores. Sin embargo, no basta con eso: puesto que los hijos no convivirán tan solo con alguno de sus progenitores, el Juez deberá asimismo observar la relación afectiva entre los hijos y el resto de los componentes del nuevo núcleo familiar de cada uno de los padres, tales como la actual pareja, los posibles hermanastros, etc. La existencia de alguno de estos hechos que muestren una clara tensión o mala relación entre los hijos y alguno de sus progenitores o cualquiera de sus convivientes pueden llegar a ser influyentes en la decisión que tomará el Juez a la hora de acordar el régimen de

guarda y custodia, siendo necesario, por lógica evidente, relativizar estas cuestiones y ver en qué medida son los progenitores los responsables de causar ese posible clima de tensión.

*2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad:* Una vez más, se pone de evidente manifiesto el interés del menor. En este punto se trata no de la buena fe que pueda existir por alguno de sus progenitores de procurarle un sustento suficiente y una educación adecuada a sus hijos, sino de su capacidad real para hacerlo efectivo, tanto personal como económica, para procurar el cuidado necesario que alberga todo el amplio abanico de derechos y deberes que nacen de la patria potestad y de la guarda y custodia. Por tanto, ya no solo es el *querer* hacerlo, sino también *poder* garantizar esos cuidados básicos y tener garantías de que se ofrece al menor un lugar para vivir saludable y suficiente, así como una educación y formación adecuadas e integrales. El término «de acuerdo con su edad» debe entenderse como una graduación o adecuación de esos deberes a las características personales de los hijos, ya que éstas son cambiantes a medida que avanzan en edad. Así, por ejemplo, un hijo de 2 años precisará de unos cuidados especiales y minuciosos, una alimentación cuidadosa y unos estímulos suficientes que le permitan desarrollarse como infante; a diferencia de un hijo de 14 años, que necesariamente precisará una comprensión adecuada a la pubertad, una intimidad suficiente acorde a su edad y un entendimiento de sus aptitudes para ayudarle en la elección de su futuro académico y laboral.

*3. La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores:* En este tercer punto del artículo 233-11.1 del Codi Civil de Catalunya vuelve a ponerse de evidente

manifiesto el juicio de valor que debe llevar a cabo el Juez: se trata de valorar la buena predisposición entre ambos progenitores a asegurar una estabilidad adecuada para la vida de los hijos, así como deberá observarse si no se ha tratado de obstaculizar las visitas del hijo respecto al otro progenitor antes de la resolución judicial y, en general, se observará si se ha mostrado una actitud constructiva y flexible. Prueba de ello, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Alto Tribunal, «sería ver el tipo de comunicación -por ejemplo, mensajes- llevada a cabo para facilitar la relación paterno-filial, o por contra la existencia de denuncias por incumplimiento de visitas.»<sup>5</sup>

**4. *El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar:*** En la práctica judicial, es uno de los criterios con más peso a la hora de decidir cuál será el régimen de guarda y custodia de los hijos. Si durante la convivencia quedaron efectivamente delegadas las tareas y deberes relativos a la patria potestad a uno de los progenitores, resultará tedioso para el otro progenitor desvirtuar el *mejor derecho* del otro progenitor a ejercer la guarda y custodia sobre los hijos. En este sentido, se debe valorar las posibilidades de los progenitores para con los deberes emergidos de la patria potestad: horarios laborales, consensos durante el matrimonio por los que uno de los progenitores renunciara al desarrollo de su actividad laboral total o parcialmente, etcétera.

**5. *La opinión expresada por los hijos:*** Como regla general, se establece que los menores deben ser escuchados por el Juez cuando éstos tengan, al menos, 12 años de edad, o si tienen suficiente madurez y raciocinio aun no habiendo alcanzado esa edad. Pero

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 9 de septiembre de 2015, Sala de lo Civil, Sección 1 (ID CENDOJ: 28079110012015100445)

también puede e, incluso, debe tenerse en cuenta lo que se haya manifestado por los hijos ante terceros, pudiéndose manifestar como informes de un psicólogo infantil u otros dictámenes procedentes de servicios que hayan valorado la situación psicosocial del entorno familiar.

**6. *Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento:*** Durante la convivencia, o incluso posterior a ella, pueden los progenitores haber llegado a acuerdos acerca del régimen de guarda y custodia que regirá la nueva situación de los hijos con sus padres, independientemente de la forma en que se hayan manifestado, ya que no necesariamente ha de ser por escrito. Así, una práctica de guarda y custodia compartida que se haya basado en un régimen de semanas alternas y que pueda acreditarse aun no habiéndose acordado formalmente puede llegar a suponer una prueba suficiente y ser alegada en el procedimiento para que el Juez pueda observar si se debe plasmar en la resolución judicial.

**7. *La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores:*** A este respecto, se ha de observar dónde se encuentran los domicilios de los progenitores, a cuánta distancia se encuentran, cuáles son los horarios laborales de éstos y los horarios escolares y extraescolares de los hijos... Como regla general, se acostumbra a seguir el criterio de que no tienen por qué vivir ambos progenitores en el mismo municipio, pero sí muy próximos entre sí para facilitar la relación de los hijos con los progenitores y la efectiva ejecución del régimen de guarda y custodia. En lo relativo a los horarios tanto de los progenitores como de los hijos, no es otra cosa que el poder garantizar la normalidad y la estabilidad en el desarrollo del día a día, sin que ello deba suponer esfuerzos poco razonables tanto para el progenitor como para el menor.

Siguiendo con lo que establece el precepto, es importante destacar que el Art. 233 11.2 del CCCat establece que «en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.» Así, pese a que no es un precepto de carácter totalmente imperativo, se vislumbra qué es lo preferente y cuál es la regla general en la guarda y custodia cuando existen varios hijos: los hermanos tendrán el mismo régimen de guarda para evitar perjuicios mayores ya que, como resultado del divorcio o separación de los padres, padecen ya unos perjuicios inevitables. Otros aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir el régimen de guarda es que en ningún caso puede atribuirse la guarda al progenitor condenado por actos de violencia doméstica o de género, de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.<sup>6</sup> Esto último requiere sentencia firme, por lo que no será admisible por el Juez que una denuncia interpuesta por el otro progenitor impida de manera automática que se fije el régimen de guarda y custodia compartida si se reúnen efectivamente los ya analizados criterios que la hacían más aconsejable para los hijos.

### **3.4. Regulación**

---

Resulta evidente que, tras la ruptura de la pareja, indistintamente de si fuere matrimonial o no matrimonial, deben solventarse una serie de cuestiones para tratar de conciliar la nueva situación familiar a las circunstancias concurrentes. Estas cuestiones resultan de una esencial importancia para preservar el desarrollo normal de la personalidad de los hijos, y van desde aspectos tan importantes como cuál será el régimen de custodia de los menores hasta cómo van a cumplir los padres con sus responsabilidades parentales, habiendo un largo etcétera de puntos que se deben acordar.

Como se apuntó en el primer apartado del presente trabajo, remitiéndome además al Art. 233-8 del CCCat, el ejercicio de esa potestad parental será compartido por ambos padres tanto en vigencia de la relación matrimonial o de convivencia estable de la pareja como después del cese de éstas. Es así la guarda y custodia de los hijos uno de los ámbitos que recoge el amplio concepto de patria potestad, que será

---

<sup>6</sup> Así lo recogen expresamente el artículo 233-11.3 del Codi Civil de Catalunya y el artículo 92.7 del Código Civil español.

ejercida por ambos progenitores durante la convivencia de la pareja y, una vez haya finalizado ésta, será ejercida por aquel progenitor que tenga en su compañía a los hijos siguiendo lo marcado en el Plan de Parentalidad del Convenio Regulador.

La guarda y custodia, al pertenecer al Derecho Civil, puede ser regulada de manera distinta en las diferentes Comunidades Autónomas atendiendo a sus regímenes propios que coexisten, en situación de igualdad, con la regulación que encontramos en el Código Civil español que es aplicable en su ámbito territorial y en aquellas CCAA que no tengan normas civiles propias, por lo que se ha de tener en cuenta, como bien es sabido, la existencia de una pluralidad de normativas que regulan de manera distinta este régimen de guarda.

### **Regulación de la guarda y custodia en el ámbito estatal**

La regulación de la guarda y custodia y su tratamiento procesal tras la crisis matrimonial no surgió de cero con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil ni con la Ley 15/2005, de 8 de julio, sobre modificación del CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, sino que es el producto de una mutación del *cómo* de la familia, adoptando las diversas reformas legales soluciones con criterios distintos ciñéndose a la evolución que la idea de la familia ha sufrido en la sociedad española. Sin embargo, pese a las numerosas reformas, como apunta la tutora de este trabajo, «todavía hoy parece que queda camino por recorrer para conseguir que la fórmula legal de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores resulte coherente con los principios generales en materia de derecho de familia y respete de forma absoluta los derechos de todas las personas implicadas en aquella situación».<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith, “Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres”, Editorial Aranzadi, 1<sup>a</sup> Edición, 2015.



La Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio:<sup>8</sup>

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en Materia de Separación y Divorcio, fue el primer texto legal hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico que contempló la guarda y custodia compartida como opción tras la nulidad, la separación o el divorcio. Justificó el legislador la nueva reforma del texto legal en la necesidad de fomentar la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de los deberes inherentes a su condición como progenitores y en virtud del ya conocido principio del *favor filii*.

A este respecto, en la Exposición de Motivos de ese texto legal se estableció que debía primar, sobre cualquier otro criterio, el carácter obligacional que caracteriza a las relaciones paterno-filiales. Se pretendía promover un cambio social que quedase reflejado en el Derecho de Familia y que fomentase la efectiva igualdad entre hombres y mujeres para asegurar en la máxima medida posible el respeto a los derechos fundamentales, luchando así con los criterios sin base jurídica que se venían aplicando en todas las anteriores legislaciones relativas a esta materia, vulnerando por consiguiente derechos inherentes a la persona como el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, en este párrafo cabe citar de nuevo a la Catedrática de Derecho Civil GETE-ALONSO Y CALERA y a la Profesora de Derecho Civil SOLÉ RESINA, pues ésta reforma legislativa que ahora se trata «es más aparente que real, y no supone un cambio sustancial respecto de la situación anterior».<sup>9</sup>

Esa referencia expresa de nuestro Código Civil español a la guarda y custodia compartida quedó recogida en la nueva redacción que dio el legislador al Art. 92, que <sup>10</sup>expresa lo siguiente:

---

<sup>8</sup> Apartado trabajado a partir de GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith, “Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres”, Editorial Aranzadi, 1<sup>a</sup> Edición, 2015 (Páginas 96 a 100).

<sup>9</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith, “Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres”, Editorial Aranzadi, 1<sup>a</sup> Edición, 2015, Página 97.

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las

alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable (inciso ya descartado del precepto)<sup>11</sup> del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

De la redacción del Art. 92 del CC se desprenden entonces tres vías por las que puede llegarse a la atribución de la guarda y custodia compartida:

- Mediante consenso entre los padres en el divorcio de mutuo acuerdo, manifestándolo en el Convenio Regulador (Art. 92.5 CC)
- Acordándolo así los padres en el transcurso del procedimiento de divorcio contencioso, por lo que pasaría a ser un divorcio de mutuo

---

<sup>11</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012 declaró el inciso «favorable» inconstitucional y nulo bajo la fundamentación de que «aun siendo cierto que todos los Poderes Públicos -Jueces y Ministerio Fiscal- deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales (...) En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.» añadiendo el Pleno del T.C. que debe este inciso ser declarado inconstitucional a tenor del derecho a la tutela judicial efectiva, pues argumenta que «no es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible».

acuerdo. El Juez tendrá la facultad de denegar ese régimen si considera que no es lo más beneficioso para el menor.

- Decretando el Juez mediante Sentencia la guarda y custodia compartida a falta de los supuestos anteriores, en virtud nuevamente del principio del *favor filii* (Art. 92.8 CC)

### **Regulación de la guarda y custodia compartida en el ámbito catalán**

La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Codi Civil de Familia de Catalunya, refunde la Ley 12/1996 y regula en el derecho catalán los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación por primera vez.

Por otro lado, es la Ley 25/2010, de 29 de julio, la que deroga el Código de Familia de Cataluña y la que aprueba posteriormente el Libro Segundo del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y a la familia, que aporta nuevas regulaciones respecto de la guarda de los hijos menores tras la crisis matrimonial de los progenitores. Anteriormente, la **Ley 12/1996, de 20 de julio, de potestad del padre y de la madre**, introdujo cambios significativos en cuanto a la terminología referida a la autoridad parental. Suprimió el término «patria potestad» por el concepto «potestad del padre y potestad de la madre» como rechazo a la figura patriarcal anterior que consideraba que el padre era la principal y única potestad dentro del núcleo familiar en función de la evolución del Derecho de Familia desde la organización familiar romana hasta la idea moderna que sitúa el principio del interés superior del menor por encima de cualquier clase de autoridad parental, principio que precisa del ejercicio conjunto de los deberes parentales por ambos padres.

En virtud de la redacción de la Ley 12/1996, se propulsó la idea de que, pese a no tener el ejercicio de la potestad parental, tienen el derecho de relacionarse con el hijo, así como el deber de participar en su sustento debido a todos los efectos que nacen de la mera relación paterno-filial.

Por su parte, la posterior **Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña**, no contempló de manera expresa ninguna de las posibilidades de guarda, individual o compartida, pero tampoco excluyó ninguno de esos modelos. Estableció, sin embargo, cuál debía ser el contenido mínimo del Convenio

Regulador y, en defecto de éste, cuáles eran los puntos básicos sobre los que debía pronunciarse la Sentencia judicial. Estos aspectos básicos son, de entre otros, con quién convivirían los hijos, cuál sería en su caso el régimen de visitas a favor del otro progenitor, la forma en que ejercería la potestad de los hijos, etcétera.

Doce años más tarde, la **Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro segundo del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia**, derogó el Código de Familia de Cataluña del año 1998 y recoge en sus Arts. 233-8 a 233-13 la regulación relativa al cuidado de los hijos tras la crisis matrimonial o tras el cese de otra relación análoga a la familiar, como es la pareja con convivencia estable. Éste libro segundo del CCCat alberga los siguientes aspectos: la responsabilidad parental, el ejercicio de la guarda, el Plan de Parentalidad y su contenido, los ya tratados criterios para determinar el régimen de guarda, las relaciones personales de los hijos con los abuelos y los hermanos y la supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo.

Mantiene el Libro II del CCCat la connotación de que es el principio del *favor filii* el principio inspirador de los preceptos que ocupan su articulado, tal y como se desprende del Art. 236-2 CCCat, que establece que «la potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo». También en este Libro II se lleva a cabo un ambicioso cambio terminológico que lleva aparejado un cambio conceptual: desaparece el término «custodia» y es substituido por «guarda»; se substituye el «régimen de visitas» por «relaciones personales»; y deja de hablarse de la «potestad» del padre y de la madre para denominarse unificadamente «potestad parental», sin conllevar ese inciso en relación al sexo del progenitor, acompañando así a la nueva redacción que se le dio al Art. 44 del CC, pudiendo en la corresponsabilidad parental haber dos padres o dos madres. Estos pequeños cambios suponen, en realidad, grandes pasos en la historia de la legislación relativa a esta materia, tratando de conseguir una suavización de las situaciones que históricamente existían en relación al matrimonio, al divorcio o separación y sobre todo, en relación a la guarda y custodia de los hijos.

Esta corresponsabilidad parental no quiebra en situaciones de crisis matrimonial, a diferencia de como sucedía en las antiguas legislaciones en materia de nulidad, separación y divorcio. Es el Art. 233-8 CCCat el que dispone que la potestad debe ejercerse por regla general de manera conjunta entre ambos progenitores bajo el siguiente precepto:

«1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.

3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.»

Una vez se ha dado ese cese de la relación matrimonial u otra análoga, establece el Art. 236-11 CCCat lo siguiente a ese respecto:

«1. Si los progenitores viven separados, pueden acordar mantener el ejercicio conjunto de la potestad parental, delegar su ejercicio a uno de ellos o distribuirse las funciones de acuerdo con lo establecido por el artículo 236-9.1.

2. Los progenitores pueden someter los acuerdos a que se refiere el apartado 1, así como el plan de parentalidad que hayan convenido, a aprobación judicial. Los acuerdos deben ser aprobados siempre y cuando no sean perjudiciales para los hijos, atendiendo, en la medida en que sean procedentes, a los criterios para la atribución de la guarda fijados por el artículo 233-11. Los acuerdos son ejecutivos desde el momento en que se aprueban.

**3.** Los acuerdos de delegación o distribución, si no han sido incorporados a un convenio regulador aprobado judicialmente, deben formalizarse en escritura pública y pueden revocarse en cualquier momento mediante notificación notarial.

**4.** En caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la potestad parental, cualquiera de los progenitores puede recorrer a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido doce años o que, teniendo menos, tengan suficiente juicio.

**5.** Las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, ya sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido.

**6.** El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso les aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada, que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13.»

Como ya se avanzó en las primeras páginas de este trabajo, el Plan de Parentalidad es esa parte del Convenio Regulador que pretende ordenar y delimitar las principales cuestiones que emanan de la propia relación paterno-filial que puedan afectar a los hijos tras la crisis matrimonial. Ese documento podrá incorporarse al Convenio Regulador de manera consensuada cuando el divorcio se haya llevado a cabo de mutuo acuerdo (Art. 233-2.2 CCCat) o bien podrá incorporarse a partir de las propuestas que obligatoriamente deben hacer ambos cónyuges en el proceso del

divorcio contencioso (Art. 233-8.2 CCCat). En el proceso contencioso, será el Juez quien fijará, a partir de las propuestas de plan de parentalidad presentadas por las partes, el régimen de guarda y el modo en que esta será ejercida por los padres, sirviéndose de los criterios ya estudiados del Art. 233-11 CCCat.

De la interpretación de la redacción que la Ley 25/2010 dio al Libro II del Codi Civil de Catalunya se desprende casi de manera obvia la preferencia legal de la que goza el régimen de guarda y custodia compartida, mostrando casi un carácter de subsidiariedad para el régimen de guarda individual por parte de uno de los progenitores. A este respecto, establece el Art. 233-10 CCCat lo siguiente:

«1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.»

### **3.5. Derechos y deberes de los progenitores respecto de los hijos**

---

El amplio abanico de deberes, facultades, poderes y responsabilidades que conforman el contenido del ejercicio de la potestad parental tiene un alcance genérico que responde a la necesidad imperiosa de contribuir al desarrollo del menor



en crecimiento, con el respeto que las normas exigen al principio del interés superior del menor y debiendo interpretarse todos aquellos aspectos que la función parental alberga de acuerdo con lo que inspira ese interés del *favor filii*. A este respecto, cabe remarcar de nuevo que esas facultades que ostentan los padres de cara a los hijos no son absolutas, sino que están limitadas por ese principio de lo más beneficioso para los menores. Así, pese a que esa función parental se atribuye a los progenitores, la naturaleza jurídica de la propia relación paterno-filial exige que deba coexistir con todos los derechos y deberes que ostentan los hijos respecto de sus padres, que necesariamente se erigirán como los *límites* de la potestad parental.

Como se viene exponiendo, la potestad parental no se encuentra injustificadamente limitada por el interés superior del menor, sino que esa limitación es lógica y necesaria si observamos que el *porqué* de la propia función parental es contribuir al cuidado y desarrollo de los hijos. La potestad parental es, entonces, el vehículo que el Derecho de Familia consagra para el adecuado e íntegro desenvolvimiento de los hijos a medida que van creciendo. Por lo tanto, ese desarrollo de los hijos precisa de la positivización de una serie de deberes de los progenitores para tratar de garantizar sus derechos, y a este respecto, todos los ordenamientos jurídicos del Estado español coinciden: los padres, como figura que debe velar por los hijos, tienen el deber de cuidar de ellos, de tenerlos en su compañía, de educarlos, de procurar su debida formación y proporcionar su sustento, habitación y vestido, tienen el deber de procurarles una asistencia sanitaria y una asistencia personal íntegra y adecuada.

Esa variopinta diversidad de deberes de los progenitores resulta, a priori, una materia difícil de individualizar e identificar sin establecer una correlación con el resto de derechos-deberes de los que los progenitores son titulares, sobre todo una vez ha llegado la crisis matrimonial al núcleo familiar, pues, pese a que los deberes de los padres serán los mismos para con los hijos tal y como dispone el Art. 233-8.1 CCCat, aquéllos quedarán relativizados con la finalidad de coordinar los papeles de ambos padres con el normal desarrollo de los hijos. Sin embargo, tanto de la interpretación del articulado del Título III del Libro II del Codi Civil de Catalunya, especialmente a partir del redactado que se le da al Art. 236-17 CCCat, como del resto de ordenamientos jurídicos que conviven en nuestro Estado pueden extraerse,

al menos de manera conceptual y genérica, los siguientes deberes básicos de los padres:

- *El deber de cuidar de los hijos o velar por ellos:* El velo por los hijos supone llevar a cabo todos los aspectos o conductas que traten de asegurar el normal y adecuado desarrollo de los hijos para garantizar un pleno desenvolvimiento físico (en el sentido de garantizarles una salud plena) y emocional. Como aclaran la Dra. GETE-ALONSO Y CALERA y la Profesora SOLÉ RESINA<sup>12</sup>, este deber tiene una doble vertiente: en un aspecto positivo, conlleva la puesta en práctica de conductas que garanticen esa integridad del menor; y en un aspecto negativo, exige que los padres traten de evitar lo que sea perjudicial para los hijos. En general, el deber de cuidar de los hijos acarrea a los padres el deber de proporcionarles aquello que les sea necesario en relación a sus necesidades intelectuales, físicas y emocionales, evitando al mismo tiempo todo aquello que suponga un riesgo para la integridad del estado de los hijos. En la teoría, éste es el deber más general y el que alberga más aspectos del resto de deberes.
- *El deber de prestarles alimentos:* Este deber acoge más aspectos que la simple obligación legal de alimentos. De acuerdo con la literalidad el Art. 237-1 CCCat, debe entenderse como el deber de prestar alimentos en el sentido más amplio posible, y comporta la exigencia de los padres de procurarle al menor todo aquello que le sea indispensable para el normal desarrollo de su personalidad: vivienda, vestido, asistencia médica y sustento. A diferencia de la nombrada obligación legal de prestar alimentos, este es un deber unilateral de los padres, sin que se pueda establecer una obligación recíproca entre padres e hijos. En este sentido, los hijos tienen el derecho de beneficiarse de este deber de los padres y la facultad de exigirlo al amparo del Art. 39.3 CE, que establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

---

<sup>12</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> del Carmen, y SOLÉ RESINA, Judith, “Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres”, Editorial Aranzadi, 1<sup>a</sup> Edición, 2015, Página 42.

- *El deber de educarles y procurarles una formación integral:* El deber parental de educar a los hijos supone proporcionarles un pleno desarrollo de su personalidad y garantizarles una educación íntegra y adecuada. La educación en sí misma debe suponer la instrucción intelectual, el arraigo en los hijos de unos valores sociales y morales básicos, una cierta orientación que le permita el acceso futuro al mercado laboral y la enseñanza de unos criterios esenciales para que los hijos puedan tomar decisiones acertadas en su propio nombre. Así, el término «educación» tiene sus límites mucho más allá de la pura obligación de los padres a inscribir a los hijos en centros educativos, siendo necesario para el íntegro cumplimiento de este deber que los padres actúen de manera personalísima en la educación de aquellos implantando las bases sociales y éticas que regirán el desarrollo de la personalidad de los menores. De esta manera, puede decirse que la educación implica la dirección de la vida del menor, pero también requiere que sean los progenitores los que tomen las decisiones que más benefician al menor, decisiones que, a medida que éste crece, irán pasando a su potestad y capacidad de decisión.

Como bien se ha dicho, estos deberes pretenden garantizar los derechos que emanan de la relación paterno-filial, teniendo como único fin el íntegro, adecuado y correcto desenvolvimiento del menor a medida que avanza hacia la edad adulta, sometidos todos aquéllos a lo más beneficioso para el menor. Este principio del interés superior del menor se debe encontrar presente en todas las decisiones relativas al núcleo familiar, así como debe estar siempre presente en todos los procedimientos judiciales de familia, encomendando el legislador a los progenitores ese deber de velar por los hijos bajo la atenta mirada del Ministerio Fiscal. Llegados a este punto, es necesario establecer las nociones básicas del *favor filii*, pues es el principio inspirador de todo el Derecho de Familia.

### **3.6. El interés superior del menor común en todos los procesos del Derecho de Familia**

---

El principio del interés superior del menor que se viene tratando es uno de los principios del ordenamiento jurídico que debe ser inspirador e informador del

Derecho de Familia, teniendo como características principales su indeterminación, su flexibilidad, su prevalencia y su regulación transversal y universal. Este principio, al igual que la potestad parental de la que hablábamos en las primeras páginas, no cuenta con una denominación única, sino que a menudo lo encontramos bajo términos como el *favor filii*, *bonum filii* o *favor minoris*.

Sin embargo, la principal característica del principio del *favor filii* es que tiene un alcance jurídico total y absoluto: vincula al juzgador, a todos los poderes públicos, a los padres e incluso al resto de ciudadanos, y supone a su vez el reconocimiento de toda una serie de derechos a los menores que, a medida que éstos crecen, irán cambiando de manera progresiva. Esa amplia vinculación cuenta con el sentido sustantivo, interpretativo y procedimental que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, le otorga expresamente en su Preámbulo bajo la siguiente redacción:

«Este concepto [*el del favor filii*] se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral».

El poder absoluto y retroactivo de las normas reguladoras de este principio se debe a su regulación nacional, tanto a nivel estatal como en diversas normas autonómicas, e internacional<sup>13</sup>, regulación que tiene una vertiente positiva, en el sentido de actuar

---

<sup>13</sup> Véase especialmente la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y la Declaración Universal de los Derechos del Niño celebrada en Nueva York en 1959.

siempre atendiendo a lo más beneficioso para el menor, y una vertiente negativa, por lo que se debe tratar de evitar cualquier daño o perjuicio que el menor pueda sufrir y que pueda ser evitable. Sintetizando, la STS de 25 de abril de 2011 aclaró que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.»

La indeterminación del *favor filii* conlleva que sea el órgano que lo aplica el encargado directo de concretar el contenido y la delimitación del principio<sup>14</sup>, lo que puede describirse como una técnica legislativa adecuada dada la necesidad de flexibilización del propio principio, pues de precisarse legalmente quebraría el juicio de valor que debe hacerse en relación a las circunstancias de cada caso. Dicho de otra manera, este principio ha de interpretarse a tenor de lo más conveniente al bienestar de cada menor en un momento concreto y determinado, lo que podría no ser lo más beneficioso para otro menor en circunstancias distintas. Así lo dispuso de manera concisa el Alto Tribunal en el año 2015:

«Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso; de un menor que a los seis años de edad sufre una experiencia traumática por el asesinato de su padre, con el que convivía, por su madre, que cumple en la actualidad condena de 18

---

<sup>14</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja”, Ed. BOSCH, 2013, Página 43: «En la técnica legislativa empleada en la regulación de materias comprendidas en el Derecho de Familia, con frecuencia se utilizan los denominados conceptos jurídicos indeterminados que son aquéllos que están conformados por unos elementos que la propia ley no describe específicamente y que deben ser concretados por los órganos que lo apliquen».

años de cárcel, y que ha estado bajo la custodia de la tía paterna desde entonces. El interés en abstracto no basta».<sup>15</sup>

Por otro lado, cabe destacar la superioridad jurídica del rango que ostenta el *favor minoris*, y así lo dispone expresamente el Art. 2 de la ya nombrada L.O. 8/2015 cuando dice que «en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Sin embargo, resulta erróneo caer en la creencia de que este interés del menor deviene absoluto y excluyente respecto a cualquier otro interés legítimo que se encuentre coexistiendo en una misma situación con aquél. Partiendo de esta premisa, hemos de tener clara la interrelación de diversos intereses en cualquier procedimiento, por lo que ha de establecerse una correlación y, a partir de ahí, ver cuántos de esos intereses pueden coexistir con el *favor minoris* y cuántos de ellos no, situación esta segunda en la que efectivamente esa superioridad jerárquica del principio del interés del menor surgirá plenos efectos y excluirá a los intereses que con él se encuentren en conflicto.

#### **4. El Convenio Regulador y la introducción del Plan de Parentalidad en el mismo por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Codi Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia**

---

Las cuestiones y aspectos hasta ahora trabajados son el fruto de la relación paterno-filial que se establece entre padres e hijos desde el nacimiento de estos. Esa relación da lugar al ejercicio de la potestad parental, atendiendo al principio de corresponsabilidad de los progenitores y velando por aquello que más beneficia al menor. Sin embargo, una vez se ha disuelto el matrimonio o ha tenido lugar una separación de hecho o de derecho, resulta necesario marcar las pautas que deberán regir la nueva situación familiar con el fin de facilitar la coexistencia del ejercicio de esa potestad parental por ambos progenitores y perturbar en la menor medida posible el normal desarrollo del día a día del menor.

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2015; Roj. 253/2015, Fundamento de Derecho 3º.

En los procesos de separación y divorcio, además de adoptarse como efecto principal ese cese de la relación, deben regularse todos los aspectos relacionados con el núcleo familiar que puedan ser objeto de discrepancias: el uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar doméstico, el sostenimiento y levantamiento de las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico matrimonial o el régimen de guarda y custodia que existirá sobre los hijos. Como se avanzó escuetamente en páginas anteriores, estas medidas regidoras podrán ser adoptadas de manera consensuada y preferente a través de la negociación por los cónyuges de un convenio regulador, o bien podrán ser establecidas por el Juez en la Sentencia que decretará el divorcio o la separación por vía contenciosa, a tenor de lo dispuesto en los Arts. 233-2 y 233-4 CCCat, sobre medidas definitivas aprobadas por los cónyuges de mutuo acuerdo y medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial para los casos en que no medie el mutuo acuerdo, respectivamente.

Partiendo de estas características esenciales, el convenio regulador se puede definir como aquel negocio jurídico de Derecho de Familia, por el cual los cónyuges de mutuo acuerdo, y ante una crisis matrimonial deciden y adoptan medidas sobre aquellos aspectos personales y patrimoniales, relativos tanto a los hijos, como a la vivienda familiar y cargas matrimoniales; convenio que en todo caso, y para su validez y eficacia, precisa de la aprobación judicial, de acuerdo con lo establecido en el Art. 233-3 CCCat, que dispone que «los pactos adoptados en convenio regulador han de ser aprobados por la autoridad judicial, salvo aquellos puntos que no sean conformes con el interés superior de los hijos». <sup>16</sup>

Estos pactos entre las partes no tienen carácter definitivo, dada la posibilidad de que las circunstancias familiares existentes en el momento de la redacción de un primer convenio regulador pueden haber cambiado sustancialmente con el paso del tiempo,

---

<sup>16</sup> En este sentido, la STS, Sala 1ª de lo Civil de 26 de enero de 1993 (Resolución nº 14/1993) aclaró en su FD 3º que “la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses, querido por las partes”. Esto se debe a que el Juez se limita a homologarlo en función de si se respetan los intereses de las partes y de los hijos y después de apreciar su conformidad a la legalidad vigente, sin intervenir de forma material en el contenido del convenio regulador en un primer momento.

por lo que puede ser solicitada posteriormente su modificación en cualquier momento. A este respecto, establece el Art. 233-7 lo siguiente:

- «1. Las medidas ordenadas en un proceso matrimonial pueden modificarse, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas.
2. El convenio regulador o la sentencia pueden prever anticipadamente las modificaciones pertinentes.
3. Si la parte que solicita judicialmente la modificación de las medidas establecidas por alteración sustancial de circunstancias ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial iniciando un proceso de mediación, la resolución judicial que modifica las medidas puede retrotraer los efectos a la fecha de inicio del proceso de mediación.»

#### **4.1. Contenido del convenio regulador cuando existen hijos en común**

---

Pese a su naturaleza de negocio jurídico, característica que permite interpretar el convenio regulador como un documento consensuado entre las partes sin aparentemente más limitaciones y delimitaciones que las de la propia voluntad de los cónyuges, el Codi Civil de Catalunya, así como el Código Civil español en el articulado de su texto legal, establecen ciertos aspectos que deben pactarse de manera obligatoria, limitando la autonomía de las partes respecto del contenido del convenio y diluyendo así en cierto modo el término de «negocio jurídico» que pretende describir la naturaleza jurídica del convenio regulador.

Es en esencia el Art. 233-2 del CCCat el precepto que obliga a las partes a introducir en el convenio regulador ciertos aspectos que la doctrina considera esenciales para evitar confrontaciones habidas y por haber entre los cónyuges por temas familiares como el uso de la vivienda familiar, las compensaciones económicas que puedan solicitar los cónyuges, el modo en que se liquidará el régimen económico matrimonial o cómo se ejercerá la guarda y custodia de los hijos por parte de los progenitores bajo el siguiente redactado:



«**1.** Si los cónyuges instan de común acuerdo al divorcio, a la separación judicial o a la adopción o modificación de medidas reguladoras de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, o si lo hace uno de ellos con el consentimiento del otro, **deben** acompañar el escrito inicial con un convenio regulador.

**2.** Si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, el convenio regulador **debe** contener:

- Un plan de parentalidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-9.
- Los alimentos que deben prestarles, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías.
- Si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio.

**3.** Además de lo establecido por el apartado 2, el convenio regulador también **debe** contener, si procede:

- La prestación compensatoria que se atribuye a uno de los cónyuges, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías.
- La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar.
- La compensación económica por razón de trabajo.
- La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

Además de lo establecido por los apartados 2 y 3, en el convenio regulador los cónyuges también **pueden** acordar alimentos para los

hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios.»

De la lectura del Art. 233-2 CCCat se desprende la imperatividad del precepto: los cónyuges, de común acuerdo, deben presentar un convenio regulador junto con la demanda de separación o divorcio y, además, deben incluir todos los aspectos que el Codi les impone para salvaguardar la nueva relación familiar. Cuando existen hijos menores de edad no emancipados, dispone el citado artículo que el convenio regulador deberá contener un plan de parentalidad, instrumento que detalla los compromisos paternos respecto de sus derechos-deberes para con los hijos; la pensión de alimentos que deben satisfacer para los gastos del sustento, el vestido y la educación de los hijos, tanto los ordinarios (gastos comunes y previsibles) como los extraordinarios (viajes escolares, visitas médicas no cubiertas por la Seguridad Social, etc); y por último, el convenio regulador deberá concretar cuál será el régimen de relaciones personales de los hijos con sus abuelos y hermanos. A este respecto, se establece en el Art. 236-2.2 CCCat que «los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedirlos si existe una justa causa». Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el derecho de los abuelos y demás familiares a relacionarse con los hijos tiene como límite infranqueable el interés y beneficio de estos, por lo que deberá estarse a las condiciones y circunstancias de cada caso concreto para determinar si se ejercerá y cómo ese derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos.

Además, cabe destacar que, en una situación de crisis matrimonial, a falta de acuerdo entre las partes es la autoridad Judicial la que debe decidir a quién se le atribuye el **uso del domicilio conyugal**. La norma general es que se adjudique en beneficio de aquel que tenga el interés más necesitado de protección, y que suele coincidir con el progenitor que obtiene la guarda de los hijos por cuanto son estos los más necesitados de protección. La doctrina considera que, realmente, el uso de la vivienda familiar no se le otorga a uno de los cónyuges, sino que se le otorga al menor para garantizar su protección en los procedimientos de separación o divorcio y, en correlación, al progenitor al que su guarda le ha sido conferida. Sin embargo,

la EM de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, dispone que «las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar presentan novedades importantes. A pesar de partir de atribuirlo, preferentemente, al cónyuge a quien corresponda la guarda de los hijos, se pone énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto. Por ello, se prevé que, a solicitud del interesado, pueda excluirse la atribución del uso de la vivienda familiar si quien sería beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de este». El Art. 233-23 viene a resolver las dudas en relación a cuál de los cónyuges debe hacerse cargo de los gastos y cargas que puedan derivarse de la vivienda familiar, disponiendo que «en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución» y que «los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.»

#### **4.2. Aprobación judicial y del Ministerio Fiscal**

---

Como se ha venido exponiendo, el Convenio Regulador es un documento en el que ambos cónyuges pactan de mutuo acuerdo las relaciones económicas, así como las relativas los hijos en los casos de separación o divorcio. De esta forma, en el Convenio se regularán las consecuencias que se derivan de la separación o el divorcio, si bien su complejidad viene por la amplia cantidad de cuestiones objeto de regulación y del hecho de basarse en el acuerdo de las partes, pero a su vez necesitar aprobación judicial.

El Convenio debe aportarse junto con la demanda y es obligatorio cuando la separación o el divorcio es solicitado por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro. El convenio suscrito y propuesto por los cónyuges debe ser aprobado por el Juez mediante sentencia, salvo que resulte dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La

denegación de alguno de los acuerdos por parte del Juez habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta de convenio para su aprobación, si procede. El Juez podrá establecer también las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio, como por ejemplo el bloqueo de las cuentas corrientes de alguno de los progenitores para asegurar el pago de los alimentos a favor de los hijos en común. Como consecuencia de esa naturaleza contractual, el convenio regulador podrá hacerse efectivo por la vía de apremio desde su aprobación judicial. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (Art. 233-7.1 CCCat). En esencia, el Art. 233-3 CCCat dispone lo siguiente:

«1. Los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores.

2. Si deniega la aprobación de los pactos adoptados en convenio regulador, la autoridad judicial debe indicar los puntos que deben modificarse y debe fijar el plazo para hacerlo. Si los cónyuges no formulan una propuesta de modificación o esta tampoco es aprobada, la autoridad judicial debe adoptar la resolución pertinente.

3. La sentencia debe incorporar los puntos del convenio que hayan sido aprobados y la decisión que corresponda en cuanto a los puntos no aprobados. También puede contener las medidas necesarias para garantizar su efectivo cumplimiento.»

En síntesis, el convenio una vez firmado y aprobado por ambos esposos, se presenta al Juez con la demanda de separación o de divorcio de mutuo acuerdo o con el consentimiento del otro cónyuge. Si, como se ha dicho, el Juez observa que el convenio regulador no perjudica a ninguno de los cónyuges ni a sus hijos, cita a los esposos para que se ratifiquen en la demanda y en el convenio regulador y dicta Sentencia de separación o de divorcio – según el caso - en un periodo de tiempo que debería ser breve. Si el Juez observa que hay alguna cláusula ilegal o perjudicial,

ordena que se haga una nueva propuesta que deberá someterse a la consideración del Juez para su aprobación, si procede. En todas las cuestiones relacionadas con los hijos menores de edad, debe velar el Ministerio Fiscal por el interés de estos.

#### **4.3. Las novedades de la Ley 25/2010: El Plan de Parentalidad**

---

El Legislador, en la EM de la ya nombrada Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II de del CCCat, relativo a la persona y la familia, introdujo dos novedades en relación a la responsabilidad – o más propiamente dicho corresponsabilidad – de los padres hacia sus hijos: la primera de ellas es que toda propuesta de los progenitores debe incorporarse al proceso judicial en forma de *Plan de Parentalidad*, al que define como un «instrumento jurídico que concreta la manera en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales». En este instrumento deberán detallarse los compromisos que asumen respecto de la guarda, educación y cuidado de los hijos. Asimismo, el TSJC apuntó que el plan de parentalidad contiene «declaraciones del progenitor o de los progenitores - si es de mutuo acuerdo -, relacionadas con la guarda del menor para la organización de la vida diaria con una finalidad preventiva destinada a resolver los problemas más frecuentes que puedan surgir, evitando futuras disputas entre los padres, incluso acudiendo a la mediación familiar, en los términos expresados en el art. 233.9.3 CCCat»<sup>17</sup>. Respecto de esta idea del Plan de Parentalidad, dispone seguidamente la EM que «sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten». A este respecto, dispone el Art. 233-9 CCCat que los padres deben concretar el modo en que llevaran a efecto los deberes y derechos derivados de su responsabilidad parental, y en ese plano de obligaciones se deben hacer constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, educación y cuidado de los hijos.

La segunda novedad que se consagra en esta Ley es el abandono del principio general por el que toda ruptura de convivencia entre los padres significaba

---

<sup>17</sup> TSJC (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 20/2014 de 20 marzo, FJ 2º. RJ 2014\2053.

automáticamente el que los hijos deberían separarse de uno de sus progenitores. La nueva ley pretende potenciar el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas y eliminar la dinámica de *parte ganadora y parte perdedora* en los procesos judiciales de familia, garantizando así la preservación del contenido jurídico del Art. 236-17.1 CCCat. Así, en defecto de pacto entre los cónyuges respecto del contenido del plan de parentalidad o si este no ha sido aprobado por la autoridad judicial, corresponde a esta última determinar cómo deberán ejercerse las responsabilidades parentales y, sobre todo, cómo será el régimen de guarda del menor, atendándose al carácter conjunto de estos deberes e interpretándolos a la luz del interés superior del menor. La propuesta de este plan, deberá aportarse por los progenitores tanto en los supuestos de mutuo acuerdo, como en los contenciosos. Cuando ambos cónyuges están de acuerdo en todo, se presentará un solo Plan de Parentalidad integrado en el Convenio Regulador, mientras que los supuestos contenciosos, cada uno de los progenitores deberá presentar su propia propuesta, siendo la Autoridad Judicial la que determine la forma en la que debe ejercitarse la guarda, atendiendo a los ya estudiados criterios del Art. 233-11 CCCat.

En síntesis, puede decirse que el Libro II del Codi Civil fomenta las reglas de parentalidad y la práctica de la Mediación como instrumento jurídico para garantizar la estabilidad futura de las relaciones tras el divorcio.

En el año 2014, el TSJC concluyó en relación a la presentación del Plan de Parentalidad junto con la demanda de separación o divorcio que pese a no ser un requisito de inadmisión, el Letrado de la Administración de Justicia ha de requerir al actor para su aportación inicial o, si es demandado o reconviniente, para que la acompañe a la contestación o reconvención y, en caso de que no lo haga, tanto el Ministerio Fiscal como la contraparte pueden denunciarlo en cualquier momento del transcurso del proceso. Ahora bien, si ni el LAJ ni las partes lo hubieran aportado o requerido será el Juez quien deberá solicitarlo antes de dictar sentencia en 1ª Instancia para poder resolver las cuestiones que constituyen el citado Plan de Parentalidad. Pero ¿qué sucede cuando no se ha aportado el Plan de Parentalidad y su falta se alega en 2ª instancia o en el recurso de casación? En este supuesto, el TSJC concluye que puede comportar la nulidad de las actuaciones, pero que dicha nulidad no tiene que ser absoluta, sino que puede ser parcial.

Dicha conclusión se fundamenta en el Art. 230 LEC, que dispone que la nulidad de un acto no implica la de los sucesivos que sean independientes, tratando de reducir sus efectos al mínimo indispensable y teniendo presente el principio de economía procesal, de manera que la nulidad se limite tan solo a solucionar los aspectos del Plan de Parentalidad no resueltos en la sentencia de 1ª Instancia, sin invalidarla por completo. Así, si se diese el caso, el TSJC probablemente declararía en la Sentencia de casación únicamente la nulidad parcial de las actuaciones y su devolución a 1ª Instancia para que se complete el Plan de Parentalidad en la totalidad de los puntos establecidos en el Art. 239-9 CCCat que no fueron resueltos por el Juzgador a quo y, una vez fijados, se daría traslado al Ministerio Fiscal y a la contraparte, dictándose por el Juzgado de Instancia una nueva sentencia que, manteniendo lo que ya se ha resuelto, se pronuncie sobre el Plan de Parentalidad propuesto con libertad de criterio y cumpliendo con los requisitos formales y procesales.

#### **4.4. Contenido mínimo del Plan de Parentalidad**

---

Partiendo de esta notoria pero delimitada autonomía de los progenitores para pactar, en cierto modo, el funcionamiento de lo que será la nueva situación familiar, cabe avanzar que también en el Plan de Parentalidad, al igual que sucede con el Convenio Regulador, la norma exige unos mínimos legales indisponibles que deben constar en todos los pactos regidores que acuerden los cónyuges. A este respecto, la Ley ha dejado a los padres la posibilidad de que ambos pacten de común acuerdo el sistema más adecuado para su caso, toda vez que exige el Art. 233-9 CCCat que las propuestas del plan deben constar cuanto menos de los siguientes aspectos:

- A. El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.*

A este respecto, nos dice NAVAS NAVARRO que «el legislador parece partir de la base de la dualidad de domicilios entre los cuales debe vivir el menor. Sin embargo, también cabría la posibilidad de que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y

sean los padres los que viajan de un domicilio individual al familiar»<sup>18</sup>. En función de los pactos contenidos en el Plan de Parentalidad respecto al régimen de guarda y custodia y, en su caso, respecto al régimen de relaciones personales con el otro progenitor, habrá de establecerse de qué modo se ejercerá y cuáles serán los periodos que se llevarán a cabo (partición semanal, quincenal, mensual...).

Recomienda la doctrina que ambos progenitores deberían intentar fijar domicilios próximos, de modo que el menor se pueda adaptar fácilmente y mantener su rutina en un contexto familiar, escolar y social<sup>19</sup>. Asimismo, el progenitor que ejerce la potestad parental, precisará del consentimiento expreso o tácito del otro progenitor para cambiar su domicilio si eso aparta al menor de su entorno habitual, tal y como dispone el Art. 236-11.6 CCCat.

Respecto a este punto del Plan de Parentalidad pueden surgir varios problemas o cuestiones de difícil resolución. El principal inconveniente es que, debido a la vida separada de los progenitores y en caso de que exista una guarda y custodia compartida, el empadronamiento del menor puede llegar a suponer un asunto de discrepancias para los padres. Nos dice la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 15, que toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón de aquel municipio en el que resida de forma habitual o, en el caso de residir en varios municipios, a inscribirse en el padrón en el que se habite más tiempo al año. El problema, entonces, surge cuando no puede establecerse con claridad en qué domicilio permanece más tiempo el menor. En este sentido, la Fiscalía General del Estado aclaró en 2006 que, si la regla de paridad de tiempo nos pudiera ser aplicada, el empadronamiento podría establecerse en

---

<sup>18</sup> NAVAS NAVARRO, Susana. Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán) *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Valladolid: 2012, núm. 54, pp. 23-56.

<sup>19</sup> Col·legi Oficial de Psicòlegs de Catalunya. *Recomendaciones para la elaboración del plan de parentalidad*. [Artículo on-line]. Barcelona, 2011. Disponible en: <http://www.copc.org/documentos/files/seccions/GUIA%20PLANES%20DE%20PARENTALIDAD%20COPC.pdf>



cualquiera de los dos domicilios, a elección de los progenitores de mutuo acuerdo o, en su defecto, por la autoridad judicial.<sup>20</sup>

*B. Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.*

Por *actividades cotidianas* debe entenderse la rutina diaria del menor. En este apartado, los progenitores deben acordar a quién corresponde llevar al menor al colegio, recogerlo a la salida, llevarlo a actividades extraescolares, acompañarlo a visitas médicas y cualquier otra actividad que forme parte del normal desarrollo del día a día.

*C. La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.*

El término “*cambios de guarda*” hace referencia a aquellos casos en que se haya optado por un régimen de guarda y custodia compartida, donde los progenitores deben recoger y reintegrar al menor en el domicilio del otro siguiendo lo pautado en el Plan de Parentalidad.

A este respecto, el *Observatori de dret privat de la Generalitat de Catalunya*<sup>21</sup> propone diversos lugares que considera adecuados para llevar a cabo el cambio de guarda del que nos habla el precepto, lugares como el domicilio del progenitor que tenga la guarda en cada momento; un lugar alternativo que acuerden los progenitores; la escuela o donde tenga lugar la actividad escolar, siendo esta lista un *numerus apertus* a la libre disposición de los progenitores. Pese a que no se haga referencia alguna en la norma, es recomendable que los progenitores tengan en todo momento y entreguen al otro progenitor en los cambios de guarda toda la documentación que pudiese resultar esencial para el menor en un momento dado, como por ejemplo el D.N.I. o la tarjeta sanitaria.

*D. El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.*

---

<sup>20</sup> Instrucción 1/2006 sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, de 7 de marzo.

<sup>21</sup> Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya. *Document de treball: Guia i models sobre el Pla de Parentalitat*. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2010.

El régimen de visitas es el derecho que tiene el progenitor que no ostenta la guarda y custodia a mantener relación y comunicación con su hijo. En los casos de guarda compartida, cuando los periodos sean de entidad suficiente (por ejemplo, por meses) puede también establecerse un régimen de visitas y comunicación en favor del progenitor que en ese momento no tenga al hijo en su compañía. Es conveniente que los progenitores elaboren un calendario para programar la duración y frecuencia de las visitas. Este régimen de relación personal del menor con sus progenitores debe atenderse en función de la edad y personalidad del menor.

En el caso de comunicación telefónica, es recomendable respetar el horario de descanso de los hijos, del otro progenitor, y si procede, de los demás familiares que convivan con los progenitores, y así puede observarse en la numerosa mayoría de Planes de Parentalidad redactados en procesos de separación o divorcio cuando se establece una hora exacta como límite para esas comunicaciones telefónicas, pactando, por ejemplo, que no se realizarán llamadas a partir de las 22:00 horas.

*E. El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.*

En este precepto, se trata de otorgar un régimen especial de estancia de los hijos en común para fechas especiales, como pueden ser el cumpleaños de la madre o del padre, de alguno de sus abuelos, las fiestas de Navidad o las vacaciones estivales que pudieran tener lugar. Los progenitores pueden establecer la distribución que más les convenga, siendo la habitual la alternancia entre años pares e impares, de modo que no se favorece a ninguno de los padres, sino que se establece un régimen totalmente imparcial e igualitario.

*F. El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.*

La AP de Barcelona indica que, «en interés de la menor, y en consideración a que los niños suelen variar a menudo de actividades durante su vida escolar, en este punto concreto se requiere que el pacto entre los progenitores respecto de las

actividades extraescolares sea expreso y escrito, a los efectos de facilitar una posible ejecución.»<sup>22</sup>

En este sentido, recomienda la jurisprudencia que, debido a los probables cambios de actividades extraescolares que pueden tener lugar durante la infancia y adolescencia de los hijos, deben los progenitores prever cómo se decidirán las actividades que convienen o no a los menores y de qué modo se sufragaran los gastos que nazcan de ellas. Por otra parte, los progenitores deben acordar el tipo de educación para los menores (religiosa o laica), el centro escolar en que desarrollarán sus estudios, siempre, claro es, atendiendo al interés del menor. A este respecto, se pronunció la AP de Barcelona y aclaró que «el tipo de enseñanza del hijo común se enmarca en el poder de decisión sobre la vida del hijo que corresponde a ambos progenitores, independientemente del modelo de guarda que se establezca»<sup>23</sup>, de acuerdo con el contenido del Art. 236- 8 CCCat.

*G. La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.*

Este deber de información viene impuesto y detallado en el Art. 236-12 CCCat, donde expresamente se establece que los progenitores deben informarse sobre los hechos relevantes que incumban a los menores, al menos cada tres meses de manera ordinaria, lo que implica la exigencia de informarse recíprocamente cuantas veces sean necesarias respecto de asuntos de carácter extraordinario. En este apartado del Plan de Parentalidad los progenitores deben estipular con claridad los medios y la forma que utilizarán para informarse sobre las cuestiones relativas al menor. En este sentido, los progenitores deben evitar utilizar a los menores como mensajeros para intercambiar información, así como evitar hacerlo delante de ellos, tal y como recomienda el Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 111/2014 de 13 febrero. JUR 2014\84864.

<sup>23</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 214/2014 de 25 marzo. JUR 2014\113449.

<sup>24</sup> Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya. *Document de treball: Guia i models sobre el Pla de Parentalitat*. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2010.

#### H. *La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.*

Este precepto está directamente relacionado con el Art.236-11.6 CCCat, donde queda establecido que ambos progenitores necesitan previamente el consentimiento del otro para las decisiones relativas al tipo de educación, así como también para el cambio de domicilio si eso aparta a los hijos de su entorno habitual. Los progenitores han de establecer en el Plan de Parentalidad el proceso para la toma de decisiones relativas a estos aspectos y a cualesquiera otros que afecten al cuidado y el bienestar de sus hijos, tales como el cambio de domicilio de alguno de los progenitores, la elección del centro escolar, actividades extraescolares, viajes, tipo de alimentación, tratamientos médicos, etc. No obstante, la previsión del cambio de domicilio puede resultar ineficaz, ya que es un hecho futuro e incierto que podría precisar de mayores negociaciones y esfuerzos parentales que los acotados en los pactos del Convenio. Como sucede con el apartado anterior, el precepto solamente exige la *manera* en la que los progenitores tomarán las decisiones: si será de mutuo acuerdo, por decisión unilateral de uno de los progenitores, por mediación, con la opinión de algún otro familiar, etc.

#### **4.5. Aspectos no incluidos dentro del Plan de Parentalidad**

---

El Codi optó por establecer un modelo de Plan de Parentalidad en el precepto del cual se hace exclusiva referencia a la *guarda, el cuidado y la educación de los hijos* (Art. 233-9.1). En un sentido más amplio, el plan de parentalidad contempla aspectos personales de las relaciones entre los progenitores que afectan a los hijos y las relaciones entre los propios progenitores con sus hijos. Sin embargo, no hace referencia a las relaciones de los menores con otros familiares, como pueden ser los abuelos o los hermanos que no convivan en el mismo domicilio, pese a disponer el Art. 236-2.2 CCCat que los hijos tienen el derecho a relacionarse con los mismos en casos de ruptura; así como tampoco hace referencia a los aspectos patrimoniales que les pudieran afectar, como los alimentos o el uso de la vivienda familiar, ya que quedan previstos en el convenio regulador.

Respecto al derecho y deber de alimentos, existen diversas y variadas opiniones doctrinales. BARRADA ORELLANA<sup>25</sup> indica que el Art. 233-9 CCCat fija tan solo el contenido mínimo del plan de parentalidad, por lo que el deber de alimentos podría incluirse en el plan de parentalidad como aspecto adicional y como forma de perfilar y concretar más exactamente el ejercicio de las responsabilidades, aunque reconoce que este aspecto queda fuera del contenido del plan de parentalidad por Ley. En esta misma línea, LAUROBA LACASA<sup>26</sup> opina que el deber de alimentos debe abordarse en otros apartados del convenio regulador que no son el plan de parentalidad (Art. 233-2.4 b) y c) CCCat). Así lo confirmó el TSJC, que en el año 2014 se pronunciaba al respecto y aclaró que *puede afirmarse que en el plan de parentalidad no se recogen los alimentos que han de satisfacer los progenitores*.<sup>27</sup>

En relación a otros aspectos relativos al ámbito patrimonial, también nos encontramos con diversas opiniones doctrinales. Por una parte, opiniones como la del autor ALAVEDRA FARRANDO<sup>28</sup> nos dicen que las propuestas que el Art. 233-9 CCCat nos hace en relación al contenido del plan de parentalidad deben entenderse como un *numerus apertus*, y que ningún precepto del Codi impide incluir otros extremos referidos a la esfera patrimonial del menor. Sin embargo, BARRADA ORELLANA<sup>29</sup> recuerda que el proyecto de la Ley 25/2010 separa en su EM las cuestiones patrimoniales del plan de parentalidad, que en todo caso serán eficaces como parte del convenio regulador.

El TSJC expresaba en la misma Sentencia del año 2014 que «el Plan de Parentalidad afectaría a los asuntos de la vida diaria del menor tanto del ámbito personal como

---

<sup>25</sup> BARRADA ORELLANA, Reyes. La naturaleza esencialmente compartida de la guarda. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2013, núm. 3, p. 630. ISSN 1575-0078.

<sup>26</sup> LAUROBA LACASA, Elena. Los planes de parentalidad en el libro segundo del código civil de Cataluña. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2012, núm. 4, p.906.

<sup>27</sup> TSJC (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 20/2014 de 20 marzo. FJ 2º. RJ 2014\2053.

<sup>28</sup> ALAVEDRA FARRANDO, Enric. Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci. En LUCAS ESTEVE, Adolfo. *Dret Civil Català Vol II: Persona i família*. Barcelona: Bosch Civil, 2012. p. 367. ISBN: 978-84-7698-995-1.

<sup>29</sup> BARRADA ORELLANA, Reyes. La naturaleza esencialmente compartida de la guarda. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2013, núm. 3, p. 730-731. ISSN 1575-0078.

patrimonial relacionados con la convivencia cotidiana que no puedan considerarse como hechos relevantes establecidos en los Arts. 236.11. 6 y 236.12 CCCat». Partiendo de la opinión del Tribunal, se entiende que en el plan de parentalidad pueden incluirse aspectos patrimoniales no relevantes – los gastos del día a día del menor – tales como la ropa, juguetes, aparatos informáticos y telefónicos e incluso la *paga semanal*. Sin embargo, los aspectos patrimoniales considerados como relevantes, como podría ser la administración extraordinaria de sus bienes o patrimonio (Art. 236-11.6, 233-12 CCCat CCCat) no deben incluirse en el plan de parentalidad, y en todo caso, tal como indica BARRADA ORELLANA, las cuestiones patrimoniales podrían ser eficaces como parte del convenio regulador.

##### **5. La adecuación del Plan de Parentalidad al cambio de las circunstancias familiares concurrentes: situaciones que pueden alterar su contenido**

---

De la propia naturaleza jurídica del Plan de Parentalidad, configurado este como la parte del convenio regulador que se encarga de determinar las pautas que regirán la vida cotidiana de los hijos en común en relación al cuidado, la educación y la guarda (Art. 233-9.1 CCCat), se desprende la necesidad de que no sea un documento jurídico invariable en el tiempo y la exigencia de que puedan introducirse modificaciones que cambien los pactos contenidos, de modo que sus cláusulas sean proporcionales a las necesidades de los hijos en cada momento para garantizar la eficacia y el objeto para el que fue ideado este instrumento. Así lo establece el Art. 233-7 CCCat, aclarando que «las medidas ordenadas en un proceso matrimonial se pueden modificar, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas». Esto es así debido a que, como se ha venido exponiendo, el plan de parentalidad se ocupa de regular aquellos aspectos relacionados con la vida *cotidiana* del menor, por lo que debe necesariamente ser una medida moldeable a todas las nuevas circunstancias que tengan lugar en la vida del mismo.

Esos cambios que pueden alterar el contenido del plan de parentalidad pueden deberse a diversos factores y circunstancias relativas no solo a la vida cotidiana del menor, sino también a aspectos relativos a la vida cotidiana de los progenitores, puesto que el convenio regulador es un documento pactado entre ellos, y sus

cláusulas están amoldadas a su día a día personal y laboral y adecuados a las necesidades académicas y personales del menor. De este modo, pueden distinguirse dos grandes grupos de causas que podrían informar la necesidad de modificar los pactos del convenio regulador, y más concretamente, del plan de parentalidad: por una parte, las debidas a las circunstancias de los progenitores y, por otro lado, las causas con origen en las nuevas necesidades de los hijos menores. De entre la gran variedad de posibles causas que pueden llegar a acaecer, resulta necesario recalcar las principales:

- a. *Cambio de horario o calendario laboral de uno de los progenitores:* En numerosas ocasiones, uno de los progenitores ve modificada su actividad profesional en cuanto a la jornada o el calendario laboral por causas ajenas a su persona como puede ser la reordenación de la plantilla por parte del empleador, de modo que se da una imposibilidad de facto para cumplir con las obligaciones que le son inherentes para con los hijos de acuerdo con lo pactado en el plan de parentalidad y, por consiguiente, siéndole imposible compaginar la vida personal y familiar con la nueva situación laboral.
- b. *Cambio de domicilio de uno de los progenitores:* El cambio de vivienda de uno de los padres del hijo menor puede suponer la modificación de alguno de los pactos, pues, por lo general, es común la cláusula por la que uno de los progenitores disfruta de la compañía de los hijos los fines de semana con pernocta con la obligación de reintegrarlos el lunes por la mañana en el centro donde cursen sus estudios, de modo que el cambio de la ubicación del domicilio podría conllevar la imposibilidad de cumplir con lo establecido en el plan de parentalidad.
- c. *Cambios académicos sustanciales en la vida del menor:* La infancia y adolescencia de los hijos pasa por numerosas y variopintas etapas, desde las dificultades que puede conllevar el mero avance de la vida académica hasta las dificultades emocionales características de la pubertad. Ello puede conllevar importantes efectos sobre la vida del menor que afecten de forma directa o indirecta al plan de parentalidad: la exigencia de clases especiales de repaso, la necesidad de cambiar al menor de centro académico, etc. Sin

embargo, no todos los cambios en la vida académica del menor deben responder a sus circunstancias personales. A menudo, son los padres quienes deciden lo anteriormente expuesto, además de otra serie de supuestos tales como la decisión de matricular al menor en un centro privado en lugar de público; en un centro religioso en lugar de en un centro laico; o bien matricular al menor en un centro bilingüe. Todo ello debe plasmarse en el plan de parentalidad, modificando aquellos incisos que sean necesarios modificar con el objeto y fin de garantizar una estabilidad en los deberes y derechos de los progenitores respecto del menor que están recogidos en el documento.

- d. *Otras circunstancias sustanciales y sobrevenidas en la vida del menor:* En numerosas ocasiones, tienen lugar ciertos acontecimientos que llegan a la vida del menor de forma inesperada, y por lo general suelen manifestarse en la necesidad de asistencia especializada para determinados aspectos cotidianos (psicopedagogía, ortodoncia, oftalmología, revisiones médicas, etc). La relevancia de estos acontecimientos deviene mayor cuando de su naturaleza nacen gastos económicos que los progenitores han de solventar, de modo que, como todo aquello relativo al menor que cause gastos a cargo de los progenitores, deba pactarse mediante plan de parentalidad en qué proporción y de qué modo se realizaran los pagos de los gastos nacidos a causa de ello.

Todo lo anteriormente expuesto no es más que unos acotados ejemplos de causas potencialmente modificadoras del Plan de Parentalidad, dado que nos encontramos ante un *numerus apertus* de circunstancias que de ningún modo quedan limitadas o delimitadas el Codi Civil de Catalunya en su articulado. Como ya se ha nombrado en este apartado del trabajo, el único requisito que se exige, y más bien de manera orientadora, es que esas circunstancias que deban inspirar la modificación del plan de parentalidad sean *sustanciales*, es decir, que estas afecten a lo nuclear y más propio de los deberes, derechos y facultades pactados en el Plan.



### **5.1. La demanda de modificación de medidas**

---

Como se viene exponiendo en los párrafos anteriores, a menudo las medidas pactadas en convenio regulador y aprobadas posteriormente mediante sentencia judicial de separación o divorcio que regulan los efectos que regirán la nueva situación familiar terminan quedando desfasadas por la realidad, debido a que las circunstancias que motivaron tal regulación cambian sustancialmente con el paso del tiempo. Esto conlleva la necesidad de que estas medidas deban ser modificadas y adaptadas a las circunstancias concurrentes en cada caso mediante una demanda de modificación de medidas.

Esto supone, lógicamente, que las sentencias judiciales de divorcio o de derecho de familia en general no son inamovibles y se pueden modificar, o al menos solicitarlo mediante el correspondiente procedimiento, si se acredita que se han modificado sustancialmente las circunstancias que originaron la sentencia de divorcio o de separación. En la demanda de modificación se habrá de exponer la causa que hace necesario introducir cambios, suprimir aspectos o modificar los pactos establecidos en la sentencia posterior, de modo que quede justificada esa variación sustancial de las circunstancias de la que hemos hablado en repetidas ocasiones y que todo ello haga inviable que puedan seguir siendo de aplicación las cláusulas que quedaron establecidas en el documento suscrito en el momento de la separación o divorcio.

Este procedimiento, en el que siempre será necesaria la intervención de, como mínimo, un abogado y un procurador, puede tener lugar de dos modos diferenciados por la voluntad de las partes: por un lado, la modificación de medidas puede hacerse de mutuo acuerdo y, de otro lado, esta puede tener lugar de forma contenciosa. En el procedimiento de modificación de medidas de mutuo acuerdo, las partes han de limitarse a presentar un nuevo convenio regulador pactado de mutuo acuerdo en el que queden plasmadas las modificaciones que pretendemos. Este convenio renovado deberá ir unido a una demanda y presentados ambos ante el tribunal competente para conocer del procedimiento, momento desde el cual las partes deben ser llamadas para que procedan a la ratificación del contenido de dicho convenio. Una vez haya sido ratificado, el Juez, mediante una nueva sentencia que anule la anterior,

procederá a homologar el documento jurídico y supondrá el inicio de la fuerza ejecutiva del convenio regulador.

Por otra parte, nos encontramos con un procedimiento contencioso algo más tedioso ya que, en primer lugar, no se puede presentar una demanda de modificación de medidas si efectivamente no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la Sentencia que se pretende modificar, ya que esto supondría la inadmisibilidad de la demanda. Este es un requisito de *procedibilidad*, es decir, para que se admita la demanda y posteriormente se proceda a esta modificación pretendida, la parte demandante debe primero probar que han cambiado las circunstancias familiares siguiendo el patrón de los cambios sustanciales que ya hemos tratado.

Así, este procedimiento se iniciará mediante demanda en la que intervendrán igualmente tanto abogado como procurador, y esta deberá presentarse ante el mismo juzgado que dictó las medidas que se pretenden modificar. De esta demanda presentada por uno de los progenitores, se dará traslado a la otra parte para que en un plazo de 20 días hábiles formule contestación a la misma, a contar desde el día de la notificación de la demanda, y esta contestación también deberá ser realizada mediante intervención de abogado y procurador. Una vez contestada la demanda, se habilitará por el juzgado competente el día y la hora en que tendrá lugar la celebración del correspondiente juicio, donde deberá probarse la alteración de las circunstancias y si esta es sustancial, de modo que el Juez pueda apreciar o no esa modificación de medidas en base a lo expuesto por las partes.

## **6. La excepción a la preferencia de la guarda y custodia compartida frente a la guarda y custodia individual: la violencia de género y su incidencia en el Derecho de Familia**

---

Cuando la crisis matrimonial tiene lugar, los cónyuges pasan por una etapa difícil en la que suelen haber discrepancias, discusiones familiares y, en demasiados casos, violencia doméstica. Por eso, es recomendable en algunas ocasiones acudir a la mediación familiar, para tratar de alcanzar un buen puerto y conseguir que la ruptura sea lo menos dañosa para ambos y para los hijos del matrimonio. Sin embargo, en la praxis, esto no sucede en demasiadas ocasiones. En este trance, que va desde la decisión de separarse hasta la obtención de una Sentencia judicial que asiente la

nueva situación familiar, es cuando las desigualdades más crudas del matrimonio quedan al descubierto tras un extenso análisis de la relación, donde muchas mujeres toman conciencia de la gran inversión de su tiempo en la familia y de la repercusión negativa que eso supone para su promoción profesional y laboral, lo que necesariamente afectará también negativamente a su nueva situación económica tras la ruptura. Es entonces cuando también empiezan ellas a reflexionar sobre las injustas consecuencias de la desigualdad de género y del reparto de roles en la sociedad patriarcal que, en su sentido literal, significa el gobierno de los padres. Este formato de familia, que se erige sobre la figura del padre, y aún hoy tremendamente arraigado en nuestra sociedad y en la de tantos otros Estados, coloca a la mujer en una posición de subordinación que supone la minoración de sus derechos y facultades de la misma dentro del propio núcleo familiar.

Todo lo expuesto cobra relevancia en el momento de decidir los pactos que regirán la nueva situación familiar. Cuando la separación o el divorcio acaecen, la decisión de cuál será el régimen de guarda y custodia de los hijos es uno de los aspectos más sensibles y con más efectos para todos los miembros de la familia y, en especial, para los hijos. Resulta una obviedad añadir que las custodias compartidas son beneficiosas para todas las partes implicadas, de modo que se preserven las relaciones personales entre padres e hijos y asegurar así una normal y adecuada relación paterno-filial futura, pero no se debe caer en la creencia de que todas las custodias compartidas son beneficiosas: solo lo son aquellas acordadas entre ambos progenitores de forma voluntaria y tras valorar las circunstancias familiares concurrentes, todo ello a la luz del conocido *favor filii*. Cuando de manera efectiva ambos padres han dedicado tiempo e invertido esfuerzos en la educación y cuidado de los hijos durante la convivencia familiar, deviene obvio concluir que ambos muestran preocupación por el bienestar de aquellos y se presume que seguirán estando dispuestos a participar en el mismo. Sin embargo, no se da ese beneficio del que hablábamos cuando se decide mediante resolución judicial que el régimen de guarda será el de custodia compartida y esta no es aceptada por ambos progenitores, siendo obligados judicialmente a ejercerla con intereses opuestos. Así, y dado que en numerosas ocasiones la violencia de género es difícilmente demostrable y pasa desapercibida en muchos procesos judiciales, el Juez puede llegar a dictar Sentencia

sin tener en cuenta ese episodio y convertir el modelo de guarda que pretendía romper con las cadenas históricas de la desigualdad en una prolongación de esa crisis matrimonial.

En marzo de 2016, la Audiencia Provincial<sup>30</sup> de Cantabria revocó la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santander que había otorgado la custodia compartida de los hijos a un hombre condenado por un delito de malos tratos. Esto supone que la condena por un delito de violencia de género, que lógicamente aparta al padre del entorno familiar e imposibilita la comunicación con la madre, hace que sea inviable el ejercicio de la función parental de acuerdo con el interés de los hijos y, por consiguiente, hace inviable el ejercicio de una custodia compartida. El Juzgado de 1ª Instancia acordó ese régimen de guarda y custodia compartida atendiendo a lo manifestado por los hijos y tomando en consideración el informe del equipo psicosocial, manifestando que el padre de los mismos no era una persona violenta hasta el punto de negarle el ejercicio de la potestad parental. Sin embargo, la A.P. estimó los recursos presentados por la madre de los menores y por el Ministerio Fiscal, que recalcaban lo establecido en el Art. 92.7 del Código Civil en el que se dispone que «en ningún caso puede atribuirse la guarda al progenitor condenado por actos de violencia doméstica o de género, de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas», considerando que no procedía atribuir la custodia compartida por haber sido condenado el progenitor por un delito de violencia de género. En este sentido, la Sala recordó que «una cosa lógica e inevitable es la conflictividad que pueda existir entre los progenitores como consecuencia de la crisis matrimonial y, otra muy distinta e intolerable, es que ese marco de relaciones familiares se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género, puesto que esa situación dificulta y hasta imposibilita el adecuado y normal desenvolvimiento del ejercicio de la potestad parental».

En síntesis, la guarda y custodia compartida, pese a instaurarse como una modalidad de guarda preferente e innovadora que trata de proteger el derecho fundamental a la igualdad (Art. 14 CE) que permita corresponsabilizar a ambos progenitores respecto del cuidado y educación de los hijos en común, no ha de ser concebida e interpretada

---

<sup>30</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, núm. 153/2016, ponente señor Fernández Díez.

como un modelo de guarda automático, sino que, antes de ser adoptada, han de estudiarse todas las relaciones familiares existentes antes y después de la ruptura, de modo que nos permita observar en qué grado y de qué modo cada progenitor se hacía cargo de las necesidades de los menores. Esta necesidad de que la custodia compartida no sea automática pasa por la necesidad de observar más allá de lo aparente, pues, como se ha venido exponiendo, la violencia doméstica sobre la mujer puede pasar desapercibida y causar una situación de obvia indefensión en los futuros procedimientos judiciales de separación, donde se discutirá sobre cuál ha de ser el régimen de guarda que regirá la nueva situación familiar. De este modo, la lucha por la guarda y custodia de los hijos, algo que debería ser por naturaleza un deseo de ambos progenitores, se convierte en demasiadas ocasiones en una contienda y un modo de presión como forma de perpetración de la violencia doméstica que se venía sufriendo en el ámbito familiar, violencia que resulta tan invisibilizada que a menudo las decisiones judiciales pasan por alto y contribuyen de forma indirecta a ella, encontrándose aún hoy sin métodos de prevención y de acción suficientes, siendo esto aún más complicado debido al arraigo social del modelo de familia patriarcal que aún rige nuestras sociedades.

## **7. Conclusiones del trabajo**

---

- I. La preferencia de la guarda y custodia compartida frente a la guarda y custodia individual o monoparental se basa en la protección y preservación de las relaciones personales entre padres e hijos, entendiéndose esto más beneficioso para estos. Sin embargo, es necesario decir que en ningún caso debe otorgarse este régimen de guarda de forma automática, ya que hay que tener en consideración y ponderar los criterios que nos proporciona el CCCat en el Art. 233-11. Esto es así porque la custodia compartida establecida sin la aplicación de estos criterios puede alejarse de la realidad familiar y convertir en inútiles todos los pactos del plan de parentalidad.
- II. El objetivo principal del plan de parentalidad reside en la protección del interés superior del menor. Pretende poner en primer lugar las necesidades de los

menores y anteponerlas a las comodidades de los padres. A pesar de su bienintencionado propósito, puede resultar complicado y de difícil tratamiento regular tan explícitamente cada detalle del día a día del menor, pudiendo causar discrepancias y confrontaciones entre los progenitores que puede terminar en procesos judiciales de modificación de medidas.

III. Cuando las circunstancias familiares cambian de manera sustancial, los ex cónyuges se ven en la necesidad de modificar lo pactado en el plan de parentalidad. Para ello, han de acudir a un proceso judicial que, en la praxis, resulta demasiado tedioso para unos progenitores que pueden no tener ningún conocimiento de derecho procesal civil. Por ello, conviene regular un nuevo procedimiento que permita a los ex cónyuges la negociación de nuevos pactos o la modificación de los ya existentes por ellos mismos, pues el establecimiento de ciertas cláusulas referentes al día a día del menor no precisa necesariamente, debido a su escasa complejidad, de la intervención de un Letrado. De este modo, debería bastar con la homologación del mismo ante Notario o ante el propio Letrado de la Administración de Justicia, pasando por un breve proceso de aprobación por parte del MF, de forma que los Juzgados de Primera Instancia no quedasen tan extremadamente congestionados.

IV. El plan de parentalidad es un instrumento basado en la autonomía de las partes, ya que a través de su propuesta o propuestas por parte de los ex cónyuges se pretende regular las cuestiones que puedan afectar a los hijos tras la ruptura de la convivencia. La autoridad judicial es la encargada de valorar la propuesta o propuestas, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Tal es su prevalencia, que el juez puede llegar a resolver de manera diferente a las proposiciones iniciales. En este sentido, se puede considerar que la autonomía de los progenitores puede quedar limitada en algunos supuestos, dada la especialidad de los procesos de familia, donde no media el principio de rogación común en todos los procesos civiles.

V. La aportación de un plan de parentalidad es necesaria en los procesos de divorcio, separación o nulidad matrimonial con hijos menores comunes, ya que, aunque no sea un requisito de inadmisión, puede y debe ser requerido por el Letrado de la Administración de Justicia, Ministerio Fiscal o las partes durante las diferentes etapas del proceso, de modo que resultaría un error muy grave creer que se puede prescindir de presentar un plan de parentalidad hasta la obtención de una sentencia judicial.

VI. Los aspectos patrimoniales no relevantes pueden incluirse como parte del contenido del plan de parentalidad, mientras que los aspectos patrimoniales considerados relevantes no deben incluirse en el plan de parentalidad, de acuerdo con la STSJC 20/2014. A diferencia del plan de parentalidad existente en el ordenamiento catalán, tanto el pacto de relaciones familiares de Aragón como el pacto de convivencia familiar de Valencia incluyen aspectos patrimoniales ordinarios y extraordinarios, lo que podría ayudar a evitar posibles confrontaciones futuras.

VII. La mediación resulta un mecanismo adecuado para informar sobre el objetivo, formalización y efectos del plan de parentalidad, ya que fomenta el acuerdo entre los progenitores, evitando así la litigiosidad, y es un gran mecanismo para adaptar el plan de parentalidad a las necesidades de las diferentes etapas del menor. Sin embargo, en la práctica no son muchos los ex cónyuges que acuden a este instrumento para la resolución de las discrepancias existentes, lo que supone la saturación de los JPI y fomenta una nada deseable relación entre los mismos.

VIII. En el Codi Civil de Catalunya no se contempla expresamente la posibilidad de incluir en el plan de parentalidad aspectos relativos al mantenimiento de las relaciones entre el menor y su familia extensa. No obstante, este es un aspecto que siempre se puede incluir, dado el carácter de mínimo del contenido relacionado en el art. 233-9 CCCat (v. 233-12 CCCat). Esto supone que, pese a que el Codi exige unos mínimos que han de existir en todo plan de parentalidad, no cierra la puerta a que puedan incluirse pactos acerca de las relaciones

personales entre los hijos y sus familiares extensos, tales como abuelos, tíos o primos, siempre que medie el acuerdo entre las partes.

IX. La custodia compartida deja de responder al interés superior del menor cuando han tenido lugar dentro del núcleo familiar episodios de violencia de género, pues ello imposibilita el normal desarrollo de las comunicaciones entre progenitores y, por consiguiente, imposibilita todo lo nuclear a una custodia compartida entre los ex cónyuges. En el transcurso de la realización del trabajo, tuve oportunidad de leer una sentencia en la que se anulaba otra de primera instancia donde se atribuía la custodia individual a favor de la madre por haber sido el padre condenado por un delito de malos tratos, argumentando la de apelación que así se defendía el interés del menor porque el padre no era reincidente ni había agredido a la madre en presencia del hijo que tenían en común. A este respecto, expresan el artículo 233-11.3 del Codi Civil de Catalunya y el artículo 92.7 del Código Civil español que en ningún caso debe proceder la guarda y custodia compartida cuando haya existido esta violencia en el núcleo familiar, por lo que se debe hacer especial hincapié en la importancia de estos preceptos e impedir que las situaciones de violencia de género se extiendan más allá de la relación matrimonial. Algunas voces doctrinales apuntan a que el régimen de guarda y custodia compartida puede ser sinónimo de prolongación de la violencia en la pareja, por lo que debería regularse un protocolo en los procesos de familia que garantizase la protección de las víctimas y salvaguardase sus intereses y los de los menores.



## 8. Bibliografia

---

**ALAVEDRA FARRANDO**, Enric. Efectes de la nul·litat, la separació i el divorci. En **LUCAS ESTEVE**, Adolfo. *Dret Civil Català Vol II: Persona i família*. Barcelona: Bosch Civil, 2012. ISBN: 978-84-7698-995-1.

**BARRADA ORELLANA**, Reyes. La naturaleza esencialmente compartida de la guarda. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2013, núm. 3. ISSN 1575-0078.

**CAMPO IZQUIERDO**, Ángel Luis: “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, Editorial La Ley, Madrid, año 2009.

**GETE-ALONSO Y CALERA**, M<sup>a</sup> del Carmen, y **SOLÉ RESINA**, Judith, “Custodia Compartida: Derechos de los Hijos y de los Padres”, Editorial Aranzadi, 1<sup>a</sup> Edición, 2015.

**LATHROP GÓMEZ**, Fabiola, “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

**LAUROBA LACASA**, Elena. Los planes de parentalidad en el libro segundo del código civil de Cataluña. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2012, núm. 4

**NAVAS NAVARRO**, Susana. Menores, “Guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Valladolid, 2012.

**Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya**. *Document de treball: Guia i models sobre el Pla de Parentalitat*. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2010.

**ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA**, “Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja”, Ed. BOSCH, 2013.

## 9. Jurisprudencia

---

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 11 de mayo de 2015, Sala de lo Civil, Sección 1 (ID. CENDOJ: 08019310012015100045).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 20 de marzo de 2014, Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª (ID. CENDOJ; 0821874388197398084).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1. (ID CENDOJ: 2807911012013100681)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de febrero de 2015; Roj. 253/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 26 de enero de 1993 (Resolución nº 14/1993).
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 111/2014 de 13 febrero. JUR 2014\84864.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª). Sentencia núm. 214/2014 de 25 marzo. JUR 2014\113449.